

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA, DONDE  
SE RECONOZCA Y REGULE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD  
SUBROGADA**

**LAURA MAYRA EUNICE GARCÍA ORELLANA**

**GUATEMALA, AGOSTO DE 2016**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA, DONDE  
SE RECONOZCA Y REGULE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD  
SUBROGADA**



**Guatemala, agosto de 2016**

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

<b>DECANO:</b>	Lic.	Gustavo Bonilla
<b>VOCAL I:</b>	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
<b>VOCAL II:</b>	Licda.	Rosario Gil Pérez
<b>VOCAL III:</b>	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
<b>VOCAL IV:</b>	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
<b>VOCAL V:</b>	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
<b>SECRETARIO:</b>	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**PRIMERA FASE:**

Presidenta:	Licda.	Ileana Noemí Villatoro Fernández
Vocal:	Lic.	Sergio Roberto Santizo Girón
Secretaria:	Licda.	Crista Ruíz Castillo

**SEGUNDA FASE:**

Presidenta:	Licda.	Joanna Vega García
Vocal:	Licda.	Dilia Estrada García
Secretaria:	Licda.	Adela Lorena Pineda

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,  
 04 de julio de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, KARLA MARISOL MORALES MARROQUÍN  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
LAURA MAYRA EUNICE GARCÍA ORELLANA, con carné 201014487,  
 intitulado LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA, DONDE SE  
RECONOZCA Y REGULE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

**DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA**  
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

*Karla Marisol Morales Marroquín*  
**ABOGADA Y NOTARIA**



Fecha de recepción 20 / Ago / 2014 f) \_\_\_\_\_

Asesor(a)

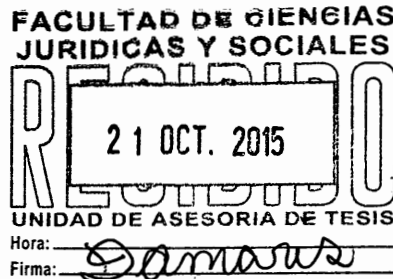


**Karla Marisol Morales Marroquín**  
**Abogada y Notaria**



Guatemala, 15 de octubre del 2015.

**Doctor**  
**Bonerge Amilcar Mejía Orellana**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**



**Doctor Mejía:**

Tengo el agrado de hacer de su conocimiento que procediendo de conformidad con el nombramiento de fecha cuatro de julio de dos mil catorce, en mi calidad de asesora de tesis de la bachiller Laura Mayra Eunice García Orellana, he procedido a asesorar metódica y técnicamente el desarrollo de la redacción de la tesis intitulada: **"LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA, DONDE SE RECONOZCA Y REGULE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA"**, manifestándole que:

**A.** El trabajo indicado reúne los requisitos de fondo y forma que requiere lo preceptuado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

**B.** La estudiante Laura Mayra Eunice García Orellana, muestra un estudio novedoso y de interés en materia del derecho civil, ya que presenta la necesidad de incorporar a la legislación ordinaria guatemalteca la regulación de la figura jurídica que se ha denominado maternidad subrogada, presentando en su trabajo con claridad los aspectos y aportes que el tema representa en el ámbito jurídico.

**C.** Los constructos teóricos en particular, y el contenido general de la tesis es eminentemente científico, sistemático, jurídico, técnico y ordenado, utilizando diversos métodos para su investigación, principalmente el inductivo y el deductivo; que se conjugan en una acertada investigación bibliográfica, que da como resultado el haber plasmado con claridad el tema desarrollado.

**D.** La estructura del presente trabajo y su redacción es coherente y lógica, utilizando la terminología jurídica adecuada y la organización de los temas e ideas es la adecuada para arribar a la conclusión discursiva obtenida.

*Karla Marisol Morales Marroquín*  
ABOGADA Y NOTARIA

# Karla Marisol Morales Marroquín

## Abogada y Notaria

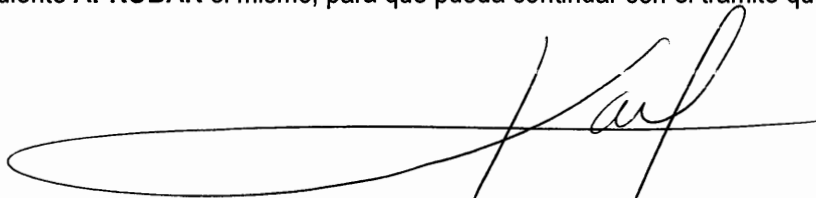


E. La parte introductoria y la conclusión discursiva del trabajo, son precisas y coherentes, facilitando la lectura y comprensión del tema abordado y alcanzando los objetivos trazados. Por otra parte el apoyo bibliográfico es amplio y apropiado y es incorporado en el apartado respectivo.

F. La conclusión discursiva corresponde directamente a lo expuesto en el contenido del trabajo de investigación, y la misma se obtiene a partir de la realización de la investigación relacionada, por lo cual es consecuente con los objetivos planteados en el plan de investigación; logrando determinar la necesidad de reformar el Código Civil guatemalteco en materia de familia para reconocer y regular la maternidad subrogada.

G. La bibliografía empleada es la que efectivamente ha llevado a la obtención de la conclusión discursiva, a la cual ha arribado y plasmado la bachiller García Orellana, siendo dicha bibliografía la adecuada para este tipo de investigación.

Además expresamente manifiesto que no existe ningún tipo de parentesco entre la bachiller García Orellana. De modo que por encontrarse el trabajo de tesis asesorado científica y técnicamente expuesto en su contenido, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, la conclusión discursiva y la bibliografía utilizada, me permito dictaminar **FAVORABLEMENTE** el trabajo presentado por la bachiller **LAURA MAYRA EUNICE GARCÍA ORELLANA** y por consiguiente **APROBAR** el mismo, para que pueda continuar con el trámite que corresponde.



*Karla Marisol Morales Marroquín*  
ABOGADA Y NOTARIA

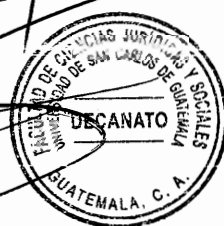
**Licda. Karla Marisol Morales Marroquín**  
**Abogada y Notaria**  
**Colegiada No. 7171**



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 29 de julio de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LAURA MAYRA EUNICE GARCÍA ORELLANA, titulado LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA, DONDE SE RECONOZCA Y REGULE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por regalarme la vida, por tu amor y ayuda a lograr mis sueños y anhelos en todas las etapas de mi vida, por tus inmensas bendiciones, gracias pipito.
- A:** Mamaluari (Q.E.P.D.) por su inmenso amor, por sus cuidados, por tanta felicidad, por las miles de caricias, de besos, de abrazos, porque en mi alma y mi corazón guardo su recuerdo y su amor, que vive en mi todos los días de mi vida, todos mis logros son suyos, son para usted mamita. Gracias por todo. LA AMO MUCHO.
- A MIS PADRES:** Sin su ayuda y apoyo, jamás habría podido culminado mi carrera, no me alcanzará la vida para agradecerles todo lo que han hecho por mí. Papa, GRACIAS por todos tus esfuerzos, te amo mucho. Mamita, por tu amor, comprensión y apoyo incondicional, GRACIAS sos lo más importante que tengo, te amo mi princesa hermosa, mi rayito de luz, mi margarita, mi abril, mi pilar, mi todo, mi vida. A los dos, gracias por todo.
- A MIS AMIGOS:** Gracias por su amistad, es mi mayor tesoro, sin ustedes jamás lo hubiera logrado, los quiero mucho. En especial a Laura, Carmencita, Brendita, Angie, Dulce y Fredy, sin ustedes literalmente no lo hubiera podido lograr.
- A LA JORNADA MATUTINA:** Por haberme compartido el mejor regalo de esta vida: el conocimiento, la excelencia y la ética. Y por una experiencia universitaria incomparablemente sufrida, pero inmensamente feliz.
- A:** El licenciado Rafael Godínez Bolaños, pilar de la jornada matutina. Agradezco la oportunidad brindada y el invaluable conocimiento compartido. Su legado es eterno.





## PRESENTACIÓN

La presente tesis, versa sobre el derecho privado guatemalteco, específicamente sobre el derecho de familia, en cuanto trata las relaciones familiares que se suscitan dentro de la institución de la maternidad subrogada. La investigación se realizó durante los meses de junio, julio, agosto y septiembre del año 2015, teniendo como ámbito territorial de investigación el departamento y municipio de Guatemala.

Dicho estudio se ha realizado debido a la observación de la creciente problemática en cuanto a la procreación humana, principalmente, dentro de matrimonios que por diversos motivos, no han podido procrear hijos, uno de los fines fundamentales de la institución del matrimonio y que han acudido a métodos alternativos para lograr dicho objetivo, encontrándose ante una laguna legal para realizar tales procedimientos, dejando en un estado de indefensión a los sujetos que intervienen en la relación de la subrogación, principalmente al bebé producto de dicho proceso, quien nace en un estado de incertidumbre, pues no existen los procedimientos adecuados para establecer sus relaciones paterno y materno filiales, violentando sus derechos humanos, incluso desde su concepción. Por lo que resulta necesario regular la subrogación, pues se suscitan relaciones sociales relevantes para el derecho. Siendo principal objeto de estudio de la tesis, la institución de la subrogación, el contrato per se y los sujetos que en la subrogación participan, siendo estos: los padres biológicos, la madre subrogada y el bebé producto de la subrogación.

En el desarrollo de la presente tesis se ha buscado el exponer los antecedentes y el desarrollo de la maternidad subrogada hasta la actualidad. Así mismo se explica de forma precisa el alcance de dicha institución, sus modalidades y características así como su funcionamiento de acuerdo a las legislaciones extranjeras consultadas.

Por lo tanto, el aporte académico de la tesis consiste, en el estudio científico, técnico, social y legal de la subrogación así como la propuesta de la introducción de la institución al ordenamiento jurídico guatemalteco, para subsanar la laguna legal, respecto a la subrogación que existe actualmente en el país.



## HIPÓTESIS

Con el establecimiento de normas jurídicas que regulen la institución de la maternidad subrogada, se logra dotar de seguridad jurídica a las relaciones que surgen de la práctica de dicha institución. La forma más eficaz de regular la subrogación es a través del reconocimiento del contrato de subrogación gestacional, de conformidad con la observación y análisis de la práctica de la subrogación en otros países es mediante este contrato que se logra mayor seguridad jurídica en cuanto a las relaciones dentro de la institución de la maternidad subrogada, aunado a la creación de normas jurídicas que regulen el procedimiento a seguir en el programa de maternidad subrogada así como los derechos y obligaciones de los sujetos de la relación de la subrogación, además de prever normas jurídicas de aplicación general, en modalidades que puedan surgir en casos concretos.



## PRUEBA DE HIPÓTESIS

A través de la presente tesis se ha establecido que la maternidad subrogada ha tenido su origen desde civilizaciones anteriores a la romana y que se ha ido desarrollando a través del tiempo hasta llegar a su auge, durante el siglo XXI momento en el cual se desarrolla completamente la institución de la subrogación que en la presente investigación se ha desarrollado.

De conformidad con el análisis realizado acerca de la maternidad subrogada, tanto en el ámbito doctrinario y principalmente respecto a la legislación comparada consultada, resulta evidente, la relevancia jurídica que ha adquirido dicha institución en tales legislaciones.

Se ha comprobado plenamente la hipótesis planteada, al inicio de la presente tesis, ya que la sociedad guatemalteca a través de los avances médicos y tecnológicos actualmente utiliza con mayor frecuencia dicho procedimiento para lograr así la procreación de sus hijos, por cual es viable y necesario integrar la institución de la maternidad subrogada a la legislación guatemalteca así como el reconocimiento de la validez del contrato de subrogación.

# ÍNDICE



Pág.

<b>Introducción.....</b>	<b>I</b>
--------------------------	----------

## CAPÍTULO I

<b>1. Maternidad subrogada.....</b>	<b>1</b>
1.1. Conceptos generales.....	1
1.1.1. Maternidad.....	1
1.1.2. Subrogación.....	3
1.1.3. Maternidad subrogada.....	4
1.1.4. Gametos.....	4
1.1.5. Inseminación artificial.....	5
1.1.6. Fecundación in vitro.....	5
1.1.7. Padres contratantes.....	6
1.2. Origen y antecedentes históricos de la maternidad subrogada.....	6
1.3. La paternidad y la maternidad y su relación con la subrogación.....	9
1.3.1. Teoría clásica.....	10
1.3.2. Teoría moderna sobre la determinación de la maternidad.....	10
1.3.3. Teoría de la maternidad compartida y la maternidad legal.....	11
1.3.4. Teoría ecléctica.....	11
1.4. La adopción y su relación con la maternidad subrogada.....	15
1.4.1. Antecedentes.....	15
1.4.2. Diferencias entre la maternidad subrogada y la adopción.....	18
1.4.3. Definición de adopción.....	20

## CAPÍTULO II

<b>2. Tipologías o modalidades de la maternidad subrogada.....</b>	<b>21</b>
2.1. Subrogación atendiendo el aporte genético.....	21
2.1.1. Subrogación tradicional (parcial) o madre sustituta.....	22
2.1.2. Subrogación gestacional (total) o madre portadora.....	23



2.1.3. Ovodonación.....	23
2.1.4. Embriodonación.....	23
2.2. Tipología de subrogación maternal en atención a su motivación.....	24
2.2.1. Maternidad subrogada onerosa o por servicio (comercial).....	24
2.2.2. Maternidad subrogada gratuita o altruista.....	24
2.3. Causas que dan origen a la maternidad subrogada.....	25
2.4. Análisis de los argumentos en contra de la maternidad subrogada.....	26
2.5. La subrogación hace necesaria la ampliación del derecho de familia.....	32
2.5.1 Derecho de familia.....	32
2.5.2. Derecho de la personalidad.....	34
2.5.3. Sucesión hereditaria.....	36

### CAPÍTULO III

<b>3. Marco jurídico de la subrogación en legislaciones extranjeras.....</b>	<b>39</b>
3.1. Consideraciones generales.....	39
3.2. Legislación internacional referente a la maternidad subrogada.....	39
3.2.1. Estados Unidos de Norte América.....	39
3.2.2. Ucrania.....	43
3.2.3. Australia.....	44
3.2.4. Inglaterra.....	44
3.2.5. México.....	46
3.3. Procedimiento común de una maternidad subrogada en el mundo.....	49

### CAPÍTULO IV

<b>4. La maternidad subrogada dentro del ordenamiento guatemalteco.....</b>	<b>51</b>
4.1. Consideraciones preliminares.....	51
4.2. El contrato de subrogación como negocio jurídico.....	51
4.2.1. Características del contrato.....	54



4.2.2. Formalidades y clausula esencial.....	54
4.2.3. Requisitos del contrato de subrogación.....	55
4.3. Elementos que deben de concurrir.....	56
4.3.1. Esenciales.....	56
4.3.2. Formales.....	57
4.3.3. Accesorios o accidentales.....	57
4.4 Viabilidad del contrato de subrogación en el derecho guatemalteco.....	57

## CAPÍTULO V

<b>5. Propuesta de incorporar la subrogación al derecho guatemalteco.....</b>	<b>65</b>
5.1. Posible ámbito jurídico de ubicación de la maternidad subrogada.....	65
5.2. Deberes y derechos que nacerían de la maternidad subrogada.....	66
5.2.1. De los donadores de gametos.....	66
5.2.2. De los usuarios.....	66
5.2.3. De la madre subrogada.....	67
5.2.4. De los médicos o centros clínicos.....	68
5.2.5. Del niño producto de la subrogación.....	68
5.3. Efectos de la incorporación de la maternidad subrogada.....	69
5.3.1. Registrales.....	69
5.3.2. De nacionalidad.....	69
5.3.3. De patria potestad.....	71
5.3.4. De filiación y parentesco.....	71
5.3.5. De sucesión hereditaria.....	71
5.4. Consecuencias de la incorporación de la maternidad subrogada.....	72
5.4.1. Religiosas.....	72
5.4.2. Psicológicas.....	74
5.4.3. Sociales y culturales.....	75
5.5. Posible definición de maternidad subrogada en Guatemala.....	76
<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>	<b>77</b>



<b>ANEXO 1.....</b>	<b>79</b>
<b>ANEXO 2.....</b>	<b>80</b>
<b>ANEXO 3.....</b>	<b>82</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>85</b>

## INTRODUCCIÓN



El problema de la infertilidad ha acompañado al ser humano a lo largo de su historia, desarrollo y evolución. Al respecto de dicha problemática, el derecho romano presentó una posible vía de solución a la infertilidad y ausencia de hijos que sucedieran al pater familias, siendo esta la utilización de la institución de la adopción.

Sin embargo, civilizaciones anteriores a la romana padecieron el problema de la infertilidad en sus sociedades, poniendo en peligro sus prácticas, ceremonias y costumbres sociales, económicas y fúnebres, problemática que resolvieron no solo a través de la adopción sino que integraron la de la subrogación tradicional como solución. Este uso de la subrogación tradicional se evidencia principalmente en civilizaciones aún más antiguas que la romana, tales como la hebrea y la fenicia, entre otras.

Para finales del siglo XX y aunado al desarrollo científico que caracterizó el final del siglo pasado, se introdujeron al panorama médico diversos métodos alternativos de reproducción asistida, que fueron los precursores de la modalidad de subrogación objeto de la presente tesis. Sin embargo, es en el siglo XXI que la maternidad subrogada tiene su aparición y auge, como respuesta y solución a las necesidades de diversas parejas con problemas de reproducción.

Existen diversas modalidades respecto a la subrogación, sin embargo la presente tesis se limita a tratar lo relativo a la maternidad subrogada gratuita o altruista, por la cual la madre subrogada se somete a dicho procedimiento sin el objetivo de recibir una compensación monetaria, pues se considera que esta modalidad es la que corresponde plenamente a los principios rectores de la institución de la maternidad subrogada, así como ser la modalidad más armónica con la legislación guatemalteca actualmente vigente.

Objetivo principal de la presente tesis fue establecer la necesidad de reformar la legislación guatemalteca para la integración y reconocimiento de dicha institución, para lograr el cumplimiento de este objetivo la presente tesis está compuesto de cinco capítulos que se desarrollan de la siguiente manera: capítulo I, en el cual se establecen





conceptos generales para el entendimiento de la institución de la subrogación, los antecedentes de la subrogación y con especial atención se trata el tema de la adopción, el capítulo II, aborda temas relativos a los diversos tipos de maternidad, el análisis de los argumentos en contra y el estudio de la ampliación y modificación del derecho de familia que represente la incorporación de la subrogación; el capítulo III, versa sobre el análisis del derecho comparado, analizando diversas legislaciones internacionales respecto a la maternidad subrogada que han integrado la misma a su derecho vigente; el capítulo IV, permite un acercamiento al tema del contrato per se y del contrato de subrogación específicamente y de la viabilidad de la incorporación de éste a la legislación guatemalteca; el capítulo V, propone el ámbito en el cual podría integrarse la maternidad subrogada en la legislación guatemalteca, así como los derechos y obligaciones que derivarían de la misma y el establecimiento de los efectos y consecuencias que provocaría el reconocimiento de la maternidad subrogada.

Por lo que la presente tesis a través del análisis que presenta a acreditado científicamente la necesidad y la viabilidad jurídica y legal de introducir y regular dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco la institución de la maternidad subrogada.



## CAPÍTULO I

### 1. Maternidad subrogada

#### 1.1. Conceptos generales

En el tema de maternidad subrogada se conjugan diversos ámbitos de la vida humana, los cuales son de interés al mundo del derecho, por lo que existen instituciones jurídicas que necesariamente deben ser previamente explicadas, para posteriormente poder comprender la institución de la maternidad subrogada. A continuación se desarrollan brevemente aquellos conceptos que se consideran esenciales dentro de la presente tesis.

##### 1.1.1. Maternidad

El concepto maternidad proviene del término latín *materno* que significa "estado o cualidad de madre"<sup>1</sup> Este estado o cualidad se adquiere por el acto de dar a luz a un hijo, sin embargo, también se extiende a la actividad de crianza, cuidado y educación que realiza la madre.

Es así como en la subrogación coexisten dos madres o dos tipos de madres, pues una es la que da a luz al bebé y otra es la que lo cuida, alimenta y educa. Es en esta pluralidad de relaciones que el derecho interviene, pues es necesario determinar quién tiene un mejor derecho para exigir en definitiva la patria potestad del bebé.

La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, a saber: a) atendiendo a la raíz latina de la que proviene, es decir su significado etimológico; b) Por su sentido o significado gramatical; c) Desde su perspectiva biológica y finalmente d) Por su significado jurídico y doctrinario.

##### a) Sentido etimológico

Como se explico previamente, la palabra madre, proviene del latín *mater* o *matris*, misma que a su vez proviene del griego *matér* *matrós*, cuya traducción es, madre. En inicio, el término *mater* no era destinado a las madres, sino que se utilizaba para

---

<sup>1</sup> Real academia española, *Diccionario de la lengua española*. Pág. 3970



identificar a Minerva, Diana y Vesta (diosas vírgenes de la mitología griega). Posteriormente, se utilizó para denominar a aquella mujer que vivía honestamente, no importando si era soltera, casada o viuda, siempre y cuando hubiera nacido libre o hubiese sido liberta.

Posteriormente, en Roma, se utilizó el término **materfamilias**, para identificar a la esposa del paterfamilias, esto no con el objeto de equiparar su estatus al de su cónyuge varón, sino simplemente para identificarla como la esposa de aquel. La **materfamilias** carecía totalmente de autoridad y libertad.

### **b) Sentido gramatical**

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la maternidad significa “estado o cualidad de madre”<sup>2</sup> De igual forma, el vocablo madre, tiene las siguientes acepciones: “hembra que ha parido; hembra respecto de su hijo o hijos; mujer casada o viuda, cabeza de su casa”<sup>3</sup>

De las anteriores definiciones puede inferirse entonces que, la maternidad es entendida de forma genérica como aquel estado en que la mujer se encuentra y por el cual da a luz a su hijo o hijos, indistintamente de si ésta es casada o no.

### **c) Sentido biológico**

Desde un punto de vista biológico, puede entenderse que la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación

La anterior definición es entendible, si se toma en cuenta que lógicamente la maternidad antecede a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como desde el punto de vista jurídico, ya que la paternidad se fundamenta en la existencia de una maternidad cierta, es decir la real existencia de un parto y la realidad de la existencia del recién nacido. Para efectos de la presente tesis debe tenerse presente que el vínculo biológico o genético son utilizados indistintamente, pues cuentan con las mismas características.

---

<sup>2</sup> Ibid

<sup>3</sup> Ibid. Pág. 958



A la maternidad se le da carácter de dogma, dicha atribución se fundamenta en la certeza de su existencia, el cual se vislumbra como un hecho notorio e innegable con el transcurso de tiempo, de la maternidad resulta el nacimiento y desarrollo de un especial vínculo emocional y espiritual entre la madre gestante y el bebé en desarrollo dentro de esta, vínculo que llega a afianzarse aún más con la actividad de la lactancia, posterior al parto. Es así como a la maternidad se le atribuye tanta importancia, pues es un vínculo que sobrepasa la consanguinidad, vínculo el cual, va incrementándose aún más con el paso del tiempo y se afianza en los primeros años de vida del bebé.

La paternidad por su parte, se materializa, necesariamente, como anteriormente se dijo, sobre una maternidad cierta, sin embargo, en la actualidad elementos como el desarrollo científico y tecnológico, el acceso y conocimiento del control de natalidad y la aceptación social de la actividad y libertad sexual producen que el bebé concebido sea producto de la voluntad y consentimiento libre, con lo que el vínculo paterno actualmente no es predominado por el elemento biológico sino dirigido por un sentido moral, social y cultural.

#### **d) Por su significado jurídico y doctrinario**

Desde el punto de vista jurídico como doctrinario, se ha encuadrado a la maternidad como una parte indisoluble de la institución de la filiación que regula lo referente a los vínculos naturales o jurídicos entre los descendientes y sus progenitores. Así por su concepción tradicionalista, se ha creído innecesario el poner en duda el estado de maternidad pues este se adquiere por un hecho notorio como lo es el alumbramiento.

#### **1.1.2. Subrogación**

Durante varios años ha existido, en las ciencias médicas y las ciencias jurídicas controversia sobre cuál es el vocablo correcto para denominar al tipo de maternidad que se expone en la presente tesis, discutiendo si debe ser denominada: maternidad subrogada, maternidad delegada, maternidad incubadora o maternidad sustituta. Para efectos de esta tesis y con el objeto de conciliar las diversas denominaciones enunciadas y explicar de forma clara y sencilla el significado de subrogación se considera factible definir los términos anteriormente referidos de la siguiente manera:



- Subrogar, puede ser entendido como sustituir o poner a una persona (en este caso se refiere a la sustitución que se da entre la madre genética y la madre gestante que albergará en su cuerpo al bebé que esta por nacer) o cosa en lugar de otra.
- Sustituir o substituir, es el acto por el cual se pone a una persona o cosa en lugar de otra, debido a su cualidad o calidad para una situación determinada.
- Delegar, es aquella acción de una persona de darle a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad, cualidades, talento u oficio para que haga sus veces o conferirle su representación.
- Incubar, es un término que se refiere más al reino animal que a la reproducción humana, aún así, puede ser entendido como la acción de aquellos animales ovíparos de proteger o calentar los huevecillos para producir crías.

### 1.1.3. Maternidad subrogada

Generalmente se define como “El acto que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso, mediante el cual debe ceder todos los derechos”<sup>4</sup>. También es entendida como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra persona con la intención de entregárselo después del nacimiento”<sup>5</sup>.

Para entender la subrogación, deben distinguirse dos aspectos importantes: el acto de subrogación y las personas involucradas. El elemento subjetivo está constituido por:

- Pareja o persona contratante
- Madre sustituta
- Contrato de subrogación

### 1.1.4. Gametos

La palabra gametos hace alusión a los óvulos y/o espermatozoides que se utilizan en el procedimiento de la subrogación para lograr una exitosa fecundación siendo estos ajenos a la madre y/o padre contratante.

<sup>4</sup> <http://tad.org.mx/wp-content/uploads/2013/12/MATERNIDAD-SUBROGADA.pdf> Consultado 07/10/2014

<sup>5</sup> Ibid

Este concepto hace alusión a otro de los casos que se pueden llegar a dar dentro de la maternidad subrogada: la aportación de gametos, esta opción es empleada, cuando la pareja contratante se sirve de óvulos y/o espermatozoides ajenos para poder realizar el proceso de fecundación pues están imposibilitados para poder aportarlos ellos mismos por padecer algún tipo de enfermedad que dificulte su capacidad reproductiva.

Así por este concepto de aportación de gametos se establece que la madre contratante puede ser o no la madre genética, así mismo el padre genético puede ser el padre contratante o un donador anónimo completamente ajeno en cuanto a la genética del bebé por nacer.

#### **1.1.5. Inseminación artificial**

Este puede ser entendido como el proceso por el cual la madre sustituta es la madre genética, al ser inseminada con el material genético (semen) del hombre que es parte de la pareja contratante. Para efectos de la presente tesis, la autora propone definir la inseminación artificial como un procedimiento médico, por el cual se introduce a la madre subrogada material genético (esperma del padre contratante o donador) para que su cuerpo a través de sus propios óvulos, realice el procedimiento de fecundación, y así se produzca un embrión, el cual albergará y proveerá de los elementos necesarios para el desarrollo del mismo durante todo el período del embarazo hasta el nacimiento del bebé producto de dicha inseminación.

#### **1.1.6. Fecundación in vitro**

La autora propone definir la fecundación in vitro como un procedimiento por el cual los óvulos y el esperma aportados por la pareja contratante, son manipulados científicamente, para que el esperma fecunde el óvulo en un ambiente controlado dentro de un laboratorio clínico, para posteriormente transferir a la madre sustituta el embrión formado por aquéllos para que esta realice la gestación hasta el nacimiento del bebé.

A través de este procedimiento médico científico se introduce a la madre subrogada el embrión (óvulo previamente fecundado) para que dentro de su cuerpo se desarrolle el



embrión inseminado proveyéndole de todos los recursos biológicos necesarios para su correcto desarrollo durante el período del embarazo hasta el nacimiento del bebé que es producto de la inseminación en ella realizada.

### **1.1.7. Padres contratantes**

Debe entenderse que dentro de la maternidad subrogada la parte que busca se inicie aquel proceso, suele ser la persona o la pareja interesada en convertirse en padres a través de la subrogación. Los padres subrogados son aquellos sujetos que de manera conjunta o de forma individual tramitan la realización del mismo.

### **1.2. Origen y antecedentes históricos de la maternidad subrogada**

El problema de la infertilidad para concebir surge juntamente con el origen de la humanidad, pues es un problema físico que acompaña al ser humano desde su nacimiento y que se evidencia llegada su adultez.

La primera madre subrogada que se conoce data de dos mil años antes de Cristo, en Canaán, respecto a esto, el antiguo testamento en el libro 16 de Génesis relata que Saraí esposa de Abram era infértil y le ofreció a su marido la sierva Agar para que gestara un hijo, el cual fue llamado Ismael. Este fue el primer programa de la gestación subrogada tradicional.

El segundo programa de gestación subrogada se desarrolló en Mesopotamia en Sumeria a mediados del siglo XVIII antes de Cristo. En el reino de los sumerios la subrogación gestacional fue una práctica común y legalmente reconocida. El Código de Hammurabi (1792-1750) creado en 1780, señalaba que la mujer que no podía concebir podía ofrecer una esclava a su esposo imposibilitándole a este conseguir una concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón, el objetivo era la concepción de un bebé e incluso señalaba garantías sociales para las madres subrogadas que tuvieran hijos, a las cuales no se les podía vender por oro ni plata.

La maternidad subrogada fue una práctica habitual en la antigüedad, Egipto, Roma y Grecia, fueron civilizaciones que regularon dicha práctica. Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia (parte central de Asia), cuya esposa era estéril Estratónica,

ella eligió personalmente de entre las prisioneras a la bella Electra para su esposo como madre sustituta y crió a los niños fruto de esa relación como sus propios hijos.

Dichos antecedentes, tienen en común el hecho de que la madre subrogada era al mismo tiempo la madre biológica, por no contar con el desarrollo científico y el conocimiento necesario para realizar la fecundación por otro método. Era entonces, el uso exclusivo del programa de la subrogación tradicional.

“A partir del siglo XX en el tratamiento de la infertilidad empezó a utilizarse la inseminación artificial con el espermatozoides del marido o un donante seleccionado. La primera fecundación in vitro (FIV) de ovocitos humanos fue realizada en 1944 en Harvard por los ginecólogos J. Rock y M. Minkin quienes cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio, lo que se tradujo en el desarrollo de un embrión bicelular”<sup>6</sup>

No obstante los logros alcanzados en Harvard, en la modernidad son considerados los fundadores de la fecundación in vitro (FIV) los científicos británicos: Robert Edward, biólogo y Patrick Steptoe, ginecólogo. En 1967 Edwards consiguió exitosamente la primera fecundación in vitro de un óvulo humano, lastimosamente resultó ser un embarazo extrauterino pues no se logró formar en la matriz y se tradujo en un aborto no intencional.

“El 10 de noviembre de 1977, etapa en la cual los intentos del programa in vitro superaba los 600 casos insatisfactorios, los científicos transfirieron al útero materno un embrión de ocho células que resultó viable y finalmente el 25 de julio de 1978 en la ciudad inglesa de Oldham, condado de Lancashire, nació Louise Brown, la primera niña concebida a través del método in vitro”<sup>7</sup>

Las prácticas de maternidad subrogada llamarón por primera vez la atención internacional en la época moderna a mediados de los años setenta, cuando se produjo una disminución en los niños disponibles para ser dados en adopción y debido al aumento de dicha práctica y especialización en técnicas de embriología humana, la subrogación fue considerada una alternativa viable. La maternidad subrogada es el

---

<sup>6</sup> Edwards, RG. *Birth after the implantation of human embryo*. Pág. 189.

<sup>7</sup> Ibid





resultado de siglos de investigación en todos los campos del conocimiento humano, especialmente, en la biología, la genética, eugenética, biotecnología, ingeniería genética, la química, la matemática, la física, la sociología, la psicología y la medicina.

A mediados de los años ochenta, médicos dedicados a la investigación del tema, fueron capaces de implantar en un útero un embrión creado mediante fertilización in vitro, permitiendo a parejas infértiles procrear un niño con sus propias características genéticas. Una alternativa para mujeres que producen óvulos sanos, pero que por múltiples razones no pueden mantener un embarazo hasta el parto. La primera bebé concebida y nacida exitosamente a través de procedimiento in vitro fue Louise Brown "Varios investigadores británicos y estadounidenses venían trabajando hacía décadas en la...tarea de unir un óvulo con un espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer. Se había intentado en conejos y en otros mamíferos. Incluso varios experimentos con óvulos humanos fertilizados en laboratorios habían fallado a la hora de transferirlos al útero. Por eso el 25 de julio de 1978 se convirtió en un hito...el nacimiento de Brown"<sup>8</sup>

Otro antecedente, es un fenómeno que causó conmoción social y llamo tanto la atención que marcó un hito en la historia, el cual se toma como punto de partida para establecer los inicios de la subrogación, sucedió en 1975 en California, Estados Unidos de América, cuando en un periódico prestigioso de la ciudad en la sección de anuncios se realizó una publicación en la cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente a pedido de una pareja estéril que ofrecía una remuneración por el servicio. Fue entonces cuando se empezó a gestar la práctica de la maternidad subrogada, lo que llevo a más parejas en las mismas condiciones a realizar los mismos anuncios y al mismo tiempo a mujeres con capacidad reproductora y con necesidades económicas a prestar dicho servicios, así se empezó a formar dicha institución. El primer caso tuvo lugar en los Estados Unidos de América, el cual tuvo repercusión pública, es el caso de Baby M, en el que la madre subrogada de Melissa Stern (Baby M), nacida en 1986, rehusó ceder la custodia de Melissa a la pareja con la que había hecho un contrato. El tribunal de Nueva Jersey otorgó la custodia a los padres biológicos. En la actualidad en diversos estados de dicho país hay leyes de carácter

---

<sup>8</sup> <http://biologia-3roqb.blogspot.com/> Consultado el 10/10/2014



estatal, que permiten los contratos de gestación subrogada, sin embargo no existe aún una uniformidad legal respecto al tema.

El ejemplo más reciente que se puede mencionar, es el del intérprete Ricky Martin, quien utilizó este método de procreación subrogada para poder ser padre de dos hijos, el artista se vinculó jurídicamente con la madre subrogada, de quien alquiló su útero, por medio de un contrato de gestación que tiene validez en diversos estados de Estados Unidos de América, en el caso de Ricky Martin la madre firmó un acuerdo para entregar la custodia de los hijos al cantante y no poder hacer ningún tipo de reclamo sobre ellos posteriormente, esto de conformidad con las leyes del Estado de Florida, sin embargo la madre subrogada figura en el certificado de nacimiento de los menores.

### **1.3. La paternidad y la maternidad y su relación con la subrogación**

La institución de la maternidad, como se expuso anteriormente, es un hecho cierto del cual depende la paternidad. Sin embargo en el caso de la aparición y uso de la institución de la maternidad subrogada, aparecen en concomitancia con aquella, situaciones sociales que son relevantes al mundo del derecho, pues afectan bienes jurídicos tutelados por la legislación nacional. Es entonces que aparece la necesidad de analizar los efectos del uso y práctica de la maternidad subrogada con relación a la legislación civil guatemalteca específicamente en cuanto a las normas relativas a la maternidad, a la paternidad y a la filiación del menor de edad por nacer o nacido.

Atendiendo a una interpretación integral entre la legislación civil, específicamente el Código Civil guatemalteco y la doctrina, es necesario establecer las teorías que explican y atribuyen la maternidad y cuál de estas sigue la legislación civil para posteriormente poder establecer el estatus de paternidad dentro de la maternidad subrogada. La maternidad ha sido siempre atribuida a un hecho cierto como lo es el nacimiento del bebé, por ende a través del tiempo se ha considerado a la maternidad como un vínculo biológico, el cual se establece entre la madre y el hijo durante el período de gestación. He aquí el primer obstáculo que enfrenta o enfrentó la aparición de la maternidad subrogada, pues aparece la interrogante ¿es posible escindir este vínculo biológico de la maternidad, entre la madre subrogada y el bebé?, que en todo

caso no es su hijo biológico. Expuesto lo anterior, es necesario estudiar y conocer las diversas teorías o posturas que explican el presupuesto de la maternidad, para entender la magnitud de la importancia que asume el factor biológico y el factor voluntario en la determinación de la maternidad, presupuesto esencial de la existencia y funcionalidad de la institución de la maternidad subrogada:

### **1.3.1. Teoría clásica**

Esta teoría se fundamenta únicamente en el acto del parto para determinar la maternidad pues toma por cierto el vínculo biológico entre la madre y el hijo a causa del acto del parto. Atribuyendo a la mujer que ha dado a luz, la maternidad del recién nacido.

La autora considera que dicha teoría es evidentemente obsoleta, ya que debido a los avances tecnológicos y médicos, se sabe que no necesariamente la madre que porta y da a luz al recién nacido posee un vínculo biológico con el mismo.

### **1.3.2. Teoría moderna sobre la determinación de la maternidad**

En la actualidad ha surgido una nueva corriente doctrinaria acerca de la determinación de la maternidad, dicha corriente propugna por la defensa de una maternidad social, en yuxtaposición con la teoría clásica que ha venido prevaleciendo desde la antigüedad.

Propone la maternidad social, disminuyendo el parto a un mero acto, sustituyendo su importancia por la libertad y responsabilidad para la procreación de aquel nuevo ser humano, además de la coincidencia de la voluntad de la pareja o la madre o padre soltero para acarrear con la responsabilidad social que implica ser padres, además de que a través de la aceptación de tal criterio se estaría atendiendo el mejor interés del menor de edad. Se propone que el estatus de maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción no se habría originado el proceso biológico para el nacimiento del bebé y que además lo desea para sí y se compromete a la responsabilidad de su cuidado y formación. Esto al margen de su participación o vínculo genético con este.

A través de esta teoría, los supuestos de maternidad subrogada encuentran el fundamento para su reconocimiento social y legal, reconociendo como madre legal del

recién nacido a la mujer que inició el proceso de subrogación y tiene el ánimo de ser la madre del bebé por nacer, siendo responsable del recién nacido en todos los aspectos de la vida social.

Puede decirse entonces que, la doctrina actual tiende a extraer de la esfera de la maternidad clásica, el presupuesto del vínculo biológico, propugnando la existencia de una clase de maternidad basada en la voluntad de la mujer que da inicio al proceso de procreación y desea convertirse en la madre y responsable del bebé por nacer.

### **1.3.3. Teoría de la maternidad compartida y la maternidad legal**

Esta teoría propugna por la existencia del supuesto de la locación de útero, es decir, aquellos casos en las que dos mujeres o tres (excepcionalmente) intervienen en el proceso de procreación.

El primer tipo o clase de madre que interviene en esta tipología es la madre comitente, es decir aquella mujer que va a aportar su material genético, al proceso de concepción de una vida nueva. La segunda clase de madre que interviene en este proceso es la madre subrogada, quien será aquella mujer que sea portadora del ahora gameto y quien llevará adelante todo el proceso de gestación, hasta el nacimiento del bebé.

Es en esta interrelación de varias mujeres que aparece la dificultad para el derecho, de determinar o establecer, cuál de las mujeres ejerce una mayor influencia en la formación del recién nacido y por consiguiente determinar quién de estas mujeres será declarada como la madre legal del hijo recién nacido.

### **1.3.4. Teoría Ecléctica**

La teoría ecléctica se fundamenta principalmente en los supuestos que ha desarrollado y establecido un sector de la doctrina moderna quienes al respecto señalan “que las normas civiles exigen la concurrencia del dato biológico y del elemento voluntario”<sup>9</sup>. Es decir entonces que dicha teoría conjuga varios elementos, que las anteriores teorías analizadas consideran de manera aislada para la determinación del estatus de maternidad.

---

<sup>9</sup> Moran de Vicenzi, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Pág. 19

De forma simple, puede establecerse que la teoría ecléctica, señala que el estatus de maternidad debe atribuírsele a la mujer que haya: a) contribuido a la creación de la vida del bebé a través de su aporte genético, sea mediante: gestación o bien por el hecho de dar a luz por ella misma al recién nacido; b) que haya manifestado su libre voluntad de asumir la responsabilidad que conlleva adoptar el estatus de madre legal del niño nacido o por nacer.

De las teorías anteriormente expuestas, puede establecerse que Guatemala, sigue la teoría clásica para el establecimiento y reconocimiento legal del estatus de maternidad, pues la maternidad en la legislación civil guatemalteca se presume iuris tantum, pues es la madre quien procrea, concibe y desarrolla dentro de sí al recién nacido que se presume hijo de esta por el acto del alumbramiento.

Por tal motivo la legislación civil guatemalteca no regula nada referente a la determinación del estatus de maternidad, pues esta se presume plena y legalmente establecida, situación que no ocurre con la determinación del estatus de paternidad, razón por la cual la legislación en este ámbito si se ha preocupado por regular lo relativo a tal determinación en diversos casos.

Con relación a la determinación del estatus de paternidad, el Código Civil en su Artículo 191 establece "Parentesco de consanguinidad es el que existen entre personas que descienden de un mismo progenitor". Es un presupuesto esencial en la determinación del estatus de paternidad que exista entre el niño o niña y el supuesto padre un vínculo genético para que proceda la paternidad.

El Artículo 199 del mismo cuerpo normativo establece "El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Se presume concebido durante el matrimonio: 1º. El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y 2º. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio" En la conjugación de los Artículos anteriormente citados, se encuentra el fundamento sobre el cual se determina el estatus de paternidad ya que son presupuestos lógicos: 1) Que exista un vínculo consanguíneo entre el hijo y el



padre y 2) Se presume que el hombre casado es padre del hijo nacido dentro del matrimonio, así como en los dos casos que la ley expresamente señala.

El conflicto que surge del Artículo 199 citado es que muchas veces en la realidad, el hijo nacido dentro del matrimonio no es hijo del cónyuge varón, caso para el cual se resolvió reformar el Artículo 200 del Código Civil, el cual establece "Contra la presunción del artículo anterior no se admiten otras pruebas que la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), así como haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia" con esta reforma la legislación establece una excepción a la presunción legal de paternidad que establece el Artículo 199 pues la prueba en contrario acerca del estatus de la paternidad es por excelencia la prueba molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN).

Surge aquí conflicto entre la legislación civil y la institución de la maternidad subrogada, ya que la primera se rige por una corriente doctrinaria clásica, mientras la otra nace de la escuela del derecho civil moderno. Tal conflicto consiste básicamente en:

1º. El padre del bebé nacido mediante subrogación puede tener o no un vínculo biológico o de consanguinidad con él mismo, sin embargo, es su decisión libre y voluntaria el adoptar el estatus de paternidad frente al recién nacido.

2º. Desde el punto de vista de la madre subrogada casada, el marido de esta se presumiría legalmente como el padre del bebé por nacer, ignorando que él no tiene vínculo consanguíneo en absoluto con el recién nacido y que no desea adoptar el estatus de paternidad en relación al menor de edad.

La legislación guatemalteca vigente resulta inaplicable por ser insuficiente para resolver los conflictos de carácter jurídico que nacen dentro de la subrogación. Es evidente que el legislador no consideró tales conflictos, lo cual es entendible, ya que la subrogación surge en la época moderna debido a los avances médicos y tecnológicos, pero ya que el derecho es evolutivo y debe adaptarse a las necesidades de la sociedad a la cual busca regir, es necesaria una revisión y actualización legislativa para que se incluya en

los supuestos de la determinación del estatus de paternidad, aquella paternidad que surge producto de la maternidad subrogada

En el ámbito legal, Guatemala utiliza la teoría clásica de la maternidad, pues la legislación civil se basa en una presunción de la maternidad *iuris tantum*, por la que la madre del bebé es quien lo procrea, concibe y da a luz por lo cual no existe regulación respecto a la subrogación. En cuanto al estatus de paternidad, como se expuso anteriormente, la legislación civil sí se preocupa por determinar la forma de establecer el estatus de paternidad y en caso de confusión o duda acerca de la paternidad de un hombre en relación a un menor de edad, será la prueba reina para su determinación, la prueba molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN).

Acerca de la conflictividad que surge sobre la filiación dentro de la maternidad subrogada, existen varios aspectos a considerar:

1º. En la maternidad subrogada puede existir una tridimensionalidad de sujetos, la mujer que desea ser madre y que por algún impedimento determinado no lo puede hacer de la forma convencional, la mujer que aporta su material genético para la concepción del bebé y una madre subrogada que no tiene ningún vínculo genético con el bebé que está gestando, por lo que a pesar de darlo a luz no es su madre biológica aunado al hecho de que no se encargará del cuidado y crianza del menor de edad.

2º. La madre subrogada puede tener un vínculo consanguíneo con el bebé que gesta, sin embargo, no es su voluntad asumir el estatus de madre por lo que no participará en su cuidado y crianza.

3º. La mujer que inicia el proceso de subrogación que por determinada causa no puede concebir, gestar o dar a luz a su propio hijo, pero puede aportar su material genético, por lo que a pesar de no ser quien lo gaste y dé a luz si será su madre en cuanto al vínculo genético además de ser la encargada de criar y cuidar a su hijo luego del alumbramiento pues ha sido su decisión libre y voluntaria asumir el estatus de madre. Aspectos o conflictos que surgen dentro del proceso de la maternidad subrogada, cuya solución no contempla la legislación civil guatemalteca actual, por lo que se evidencia la necesidad de la incorporación de la subrogación a la misma.

## **1.4. La adopción y su relación con la maternidad subrogada**

Dentro del tema de la maternidad subrogada ha surgido entre varios juristas dedicados al estudio del derecho, el debate sobre si la maternidad subrogada es solo una variación de la adopción, sin embargo, antes de plantear cualquier respuesta al respecto conviene explicar brevemente los antecedentes de la institución de la adopción, dar un concepto sobre la misma y su regularización en la legislación guatemalteca, para posteriormente confrontarla con la institución de la maternidad subrogada y así vislumbrar una respuesta dotada de carácter científico.

### **1.4.1. Antecedentes**

En cuanto a los antecedentes de la institución el jurista Calixto Valverde, citado por Alfonso Brañas establece: “Entre los medios que los pueblos antiguos escogían para proveer la falta de hijos, está la adopción, que nació para perpetuar el culto de los dioses familiares. El levirato del derecho hebreo que la India toma el nombre de nigoya, tienen el mismo origen. Las leyes de Manú decían, que los que no tienen hijos pueden adoptar uno para que no cesen las ceremonias fúnebres. En Egipto, en Mesopotamia y en el derecho pre-islamita, se conoce también la adopción. En Roma, como en Grecia, y en la India, la adopción responde al mismo pensamiento religioso. Probablemente después, razones de índole social, motivaron la permanencia de la adopción en el derecho romano, en sus dos formas de arrogación y adopción propiamente dicha. Los germanos conocieron la adopción y varias formas para obtenerla; la más antigua, era la *perpellium et indusium*, procedimiento simbólico, imagen de generación presunta con carácter primitivo bien marcado. Es también digna de mención la adopción por las armas; y en los francos, según las leyes, *sálica* y *ripuoria*, era un acto original en que tomaba parte la asamblea del pueblo, y era una operación de testamento y adopción a la vez...”<sup>10</sup>

Sobresale el carácter patrimonial que tiene en la adopción en todas sus modalidades durante la época antigua, pues su principal objetivo es garantizar el patrimonio de la familia y la continuación de los rituales familiares y religiosos. Igualmente Planiol y

---

<sup>10</sup> **Manual de derecho civil. Pág. 240**



Riport, citados por Adolfo Brañas, acerca de la función de la adopción en la antigüedad establecen “En la época romana su objeto era asegurar la continuación de las familias y por consiguiente la perpetuidad del culto doméstico; pero nuestro antiguo derecho presenció la decadencia y hasta la desaparición de la adopción. En las provincias de derecho consuetudinario, desapareció por completo; en las de Mediodía sólo quedaron algunos vestigios, y desde el siglo XVI dejó de conferir al hijo adoptivo el derecho de heredar al adoptante. La reaparición de la adopción fue consecuencia de la fascinación que los recuerdos de la antigüedad romana ejercían en la época de la Revolución. La Asamblea Legislativa ordenó a su Comité de legislación que se incluyera en su plan general de leyes civiles (18 enero 1792). Ni los requisitos, ni las formas, ni los efectos, de la adopción fueron en aquel entonces regulados; pero, sin embargo, hubo varios casos de ella, sobre todo después de que la Convención dio el ejemplo adoptando, el 25 de enero de 1793, a la hija de Lepelletier Saint-Fargeau. Estas adopciones fueron confirmadas más tarde por una ley del 25 germinal año XL La institución de la adopción, que no tiene verdaderas raíces en nuestro derecho, no fue mantenida por la Comisión encargada de la redacción del Código en su proyecto y fue introducida a petición de la Sección de legislación del Consejo de Estado y probablemente a instancias de Bonaparte, pero el primer Cónsul no logró hacer valer su concepción personal de la institución. Tenía interés en que se adoptaran las reglas del antiguo derecho romano y que no se estableciese diferencia entre el hijo adoptivo y el verdadero. Se juzgó inmoral la abdicación de los sentimientos naturales, así como el reemplazarlos por afectos fundados sobre una ficción jurídica y como consecuencia sólo se atribuyeron a la adopción algunos efectos limitados.”<sup>11</sup>

Es oportuno, definir el término adopción doctrinariamente, para posteriormente analizar la legislación guatemalteca y establecer un panorama somero del campo de su aplicación. Desde un punto de vista doctrinario, puede definirse a la adopción como “Acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que lo es naturalmente...”<sup>12</sup> Otra definición de adopción es la que establece Planiol, citado por Adolfo Brañas “es un acto solemne, sometido a la

---

<sup>11</sup> Ibid Pág. 241

<sup>12</sup> Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 48

aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultaría de la filiación”<sup>13</sup>

Manuel Ossorio, al respecto del proceso de introducción y aceptación de la institución de la adopción en los diversos ordenamientos jurídicos, establece “La determinación, no ya de esas formalidades legales, sino de las condiciones sustanciales indispensables para efectuar la adopción, es cosa en la que difieren las legislaciones de los diversos países y que se refieren a las edades de los adoptantes y de los adoptados, al estado civil, a la existencia o no de hijos efectivos, al número posible de adopciones, etc. Se trata de una institución aceptada por la casi totalidad de los países, pero rechazada por algunos otros, con el argumento de que una ficción legal no puede suplir los vínculos de la naturaleza...”<sup>14</sup>

Desde el punto de vista legal, es necesario apuntar la definición legal guatemalteca, que establece la Ley de Adopciones, contenida en el Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 2 literal a) “Adopción: Institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona...”

En el caso de Guatemala, el proceso de adopción sufrió un cambio sustancial debido a que por años fue mal diligenciado por algunos notarios y funcionarios públicos guatemaltecos que utilizaban prácticas irregulares y hasta ilegales para lograr la adopción de un menor de edad desvirtuando el espíritu de la institución, a causa de grandes cantidades de dinero que se percibían como resultado de la realización de dicho trámite. El proceso era exclusivamente reservado al ámbito notarial, pues se llevaba a cabo a través de la jurisdicción voluntaria notarial, motivo que facilitó que algunos notarios realizaran adopciones fraudulentas, mayormente internacionales, pues los menores de edad se convirtieron en mercancías de gran valor, para su intercambio, deshumanizándolos y menoscabando su integridad como persona y ser humano. Por tales motivos, fue necesario limitar el ejercicio notarial en cuanto a la autorización de adopciones de menores de edad, esto se realizó en Diciembre del año 2007 a través de

---

<sup>13</sup> Op. Cit. Pág. 242

<sup>14</sup> Op. Cit. Pág. 48



la presentación de una iniciativa de ley que buscaba regular el proceso de adopciones en el país, dicha iniciativa, que ahora es conocida como la Ley de Adopciones, fue discutida ampliamente por los diputados, resaltando las opiniones de la diputada Anabella de León y el diputado Railil De León Ruíz, quienes mencionaron que existían mujeres que alquilaban su vientre para posteriormente dar en adopción al hijo procreado. Dichas declaraciones son sumamente importantes, debido a que desde ese entonces se evidencia que la práctica de la subrogación ya se estaba dando y que era un hecho socialmente conocido que se resguardaba en la institución de la adopción, simulando esta, cuando en realidad, era una subrogación.

Posteriormente a la discusión del proyecto de ley, fue aprobada y sancionada a través del Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala el cual entró en vigencia el 31 de diciembre del año 2007.

#### **1.4.2. Diferencias entre la maternidad subrogada y la adopción**

Habiendo expuesto una perspectiva clara aunque limitada de la institución de la adopción en Guatemala, conviene ahora puntualizar sus diferencias, para determinar la autonomía de cada institución:

**1.4.2.1. Antecedentes.** Ambas instituciones tiene orígenes diversos, que comprueban su existencia independiente una de la otra, desde tiempos de las antiguas civilizaciones. Por lo que desde su concepción dentro de la sociedad como dentro del ámbito jurídico, ambas se distinguieron.

**1.4.2.2. Intención y motivación.** Siendo la principal diferencia entre la adopción y la maternidad subrogada, pues en la última es la intención de la mujer que desea ser madre lo que la motiva a iniciar el proceso de subrogación.

**1.4.2.3. Consentimiento.** El momento en el que se renuncia a los derechos de filiación por parte de la madre (y en algunos casos del padre) es diferente, pues mientras en la adopción dicha renuncia se da posteriormente al alumbramiento, en la maternidad subrogada la renuncia a los derechos materno filiales se da desde el momento de la



concepción del bebé, pues la mujer que funge como la madre subrogada, es plenamente consciente de que el bebé que está gestando, no será su hijo legal.

**1.4.2.4. Conocimiento previo.** En la maternidad subrogada, la madre subrogada, conoce y consciente de forma voluntaria, el procedimiento que va a realizarse en su cuerpo con el fin de gestar un bebé, que independientemente de si se utiliza o no su material genético en la concepción del mismo, la mujer sabe desde el principio del procedimiento que dicho bebé no será su hijo y que deberá entregarlo a aquella mujer que dio inicio al procedimiento y quien será la madre legal y moral del menor de edad. Esto difiere de la adopción, pues la mujer embarazada que a su vez siempre será la madre biológica del bebé, decide entregarlo, posteriormente a su concepción.

**1.4.2.5. Objeto.** El objeto de la adopción se limita únicamente a la protección del menor, sin embargo el objeto de la maternidad subrogada, es más amplio, pues además de la protección del menor y su interés superior también se busca tutelar el fomento de la familia así como la protección a las mujeres (contratante y subrogada) que intervienen en el proceso así mismo protege uno de los fines del matrimonio como es la procreación de los hijos.

**1.4.2.6. Procedimiento.** Las adopciones son ahora un trámite administrativo, el mismo se encuentra regulado en la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala (Ver anexo 1). Actualmente la entidad encargada de velar por el cumplimiento de la ley anteriormente mencionada y de realizar la tramitación del proceso de adopción de los menores de edad en Guatemala es el Consejo Nacional de Adopciones. La maternidad subrogada se diferencia del proceso de adopción, debido a que actualmente en la legislación guatemalteca no existe un procedimiento establecido, pues la maternidad subrogada no está expresamente regulada en ella.

**1.4.2.7. Filiación.** La filiación en la adopción es de carácter legal pues existe el parentesco civil que surge de la adopción, el cual está regulado en el Artículo 190 del Código Civil "La ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado,



el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil, que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado...”. En cuanto al parentesco que surge de maternidad subrogada, en atención al Artículo anteriormente citado, este es del tipo de consanguinidad, en tanto la mujer que inicie el proceso de subrogación aporte su material genético, sin embargo, en cuanto se refiere a la mujer que inicie el proceso de subrogación pero que no haya aportado su material genético, es de considerar el hecho de que al ser la madre legal del menor de edad, el parentesco que surge entre estos es de consanguinidad, pues no existe oposición, debido a que como se explicó anteriormente, la madre subrogada desde el inicio del proceso está enterada de la finalidad y motivación de la mujer que la contrata y da su consentimiento para realizar el procedimiento de gestación y entregar al bebé luego de su nacimiento.

#### **1.4.3. Definición de adopción.**

Procede ahora para finalizar este somero análisis comparativo entre la subrogación y la adopción definir esta última, sobre el tema la autora propone definir la adopción como **la institución por la cual una persona toma como hijo o hija legal a otra persona sea menor o mayor de edad, creando una relación familiar con parentesco civil.**

## CAPÍTULO II

### 2. Tipologías o modalidades de la maternidad subrogada

#### 2.1. Subrogación atendiendo el aporte genético

Respecto al aporte genético son múltiples las variaciones que pueden suscitarse en la subrogación, entre estas se pueden mencionar:

**a) La posible aportación de donadores de gametos.** Se refiere a la posibilidad de que la pareja contratante haga uso de óvulos y/o espermatozoides ajenos a ellos para llevar a cabo la fecundación. De esta forma la madre contratante puede ser la madre genética, al proporcionar su óvulo para la fecundación o puede que no tenga ningún tipo de injerencia en el proceso de fecundación por ser utilizado un óvulo ajeno a esta. Es decir que la madre contratante puede o no tener un vínculo genético con el bebé que será su hijo legal. Así mismo el padre contratante, puede ser el padre genético al brindar su material genético o este puede ser donado por un sujeto externo (donante anónimo).

**b) Subrogación a través del proceso de Inseminación artificial.** Así mismo puede suscitarse el caso en el cual se da la subrogación por **inseminación artificial**, ocasión por la que la madre subrogada resulta ser la madre genética al ser inseminada con el semen del padre contratante, al mismo tiempo que ella aporta su propio material genético para poder realizar la concepción del nuevo ser humano.

**c) Subrogación a través del proceso de fecundación in vitro.** Otra posibilidad es que la subrogación suceda a través del proceso de **fecundación in vitro**, procedimiento por el cual el material genético, tanto el óvulo como el espermatozoide provienen de la pareja contratante, y es a través del uso de dicho material genético que es creado un embrión que posteriormente se transfiere a la matriz de la madre subrogada para que dentro de ella se lleve a cabo el procedimiento de la gestación hasta llegado el momento del alumbramiento del bebé.

En cualquiera de los casos anteriormente expuestos, en que se realice la subrogación, esta puede considerarse en dos modalidades a saber:

**i. Homólogas:** Modalidad que se configura cuando en el proceso de maternidad subrogada se utilizan gametos provenientes de la pareja contratante, es decir que, son los futuros padres los que aportan su material genético para la concepción de la nueva vida pero que se ven en la necesidad de utilizar a un tercera persona denominada madre subrogada, para que sea la encargada de llevar a cabo el proceso de gestación del bebé de aquellos pues por alguna razón determinada, la madre legal, no puede realizar el proceso de la gestación.

**ii. Heterólogas:** Aquella subrogación en la cual se utiliza uno o más gametos (esperma o/y óvulos) ajenos a la pareja contratante. El material genético que se utiliza para la concepción del bebé es aportado por terceras personas ajenas a los futuros padres, ya sea la donación solo en cuanto a óvulos en el caso de la mujer o solo esperma en el caso del hombre o que ambos donadores del material genético (esperma y óvulos) sean ajenos a los padres subrogados.

Las modalidades de subrogación son variadas, aunque tradicionalmente suelen limitarse a los expuestos, sin embargo, en la actualidad se han agregado otras modalidades brindándoles diferentes denominaciones, siendo las siguientes.

### **2.1.1. Subrogación tradicional (parcial) o madre sustituta**

Tiene lugar cuando la madre subrogada aporta su material genético (óvulos) y es inseminada con el material genético (esperma) del padre contratante, siendo ella la encargada de gestar el bebé hasta el alumbramiento.

En esta modalidad, la subrogación se caracteriza por el hecho de que la madre subrogada y el bebé que esta por nacer están vinculados genéticamente, así mismo el hombre contratante estará vinculado legal y genéticamente con su hijo. Este tipo de subrogación puede crear confusión, pues podría ocurrir que la madre subrogada deba ceder sus derechos como madre genética, sobre el bebé a través de la figura de la adopción, caso en el cual, la figura de la subrogación se confundiría con la de la adopción. Sin embargo esta confusión se disipa si en el país donde se lleve a cabo la subrogación existe un procedimiento legal que avale esta modalidad. Como se expuso en el capítulo anterior, en Guatemala no existe actualmente un proceso judicial ni

administrativo que regule la maternidad subrogada y la cesión de derechos paterno y materno filiales, por lo que habría que adecuar tal modalidad de subrogación al proceso de adopción, aunque lo que sucedería sería una simulación, pues lo que realmente ocurre es el perfeccionamiento de la subrogación.

### **2.1.2. Subrogación gestacional (total) o madre portadora**

Se caracteriza porque la madre subrogada no tiene ningún tipo de relación genética con el bebé gestado, pues esta es contratada únicamente para realizar el proceso gestacional de un embarazo normal, la madre subrogada es fecundada a través de un procedimiento denominado in vitro, con gametos provenientes de la pareja contratante o bien de donadores anónimos. Es decir que el material genético utilizado para la fecundación es aportado por uno o ambos padres contratantes o por donadores anónimos, ajenos a la pareja contratante, y ajenos a la madre subrogada.

En este caso es más sencillo determinar a quién corresponden los derechos paterno y materno filiales respecto al bebé; si el material genético es aportado por la pareja contratante, los derechos filiales se determinarán a través de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico (ADN). Al respecto, Leila Mir Candal señala “la subrogación...es elegida por ciertos padres que buscan tener lazos genéticos con el niño que la adopción no proporciona, como en el caso de la madre portadora o de la madre sustituta”.<sup>15</sup>

### **2.1.3. Ovodonación**

La ovodonación o donación de óvulos se suscita cuando la mujer contratante puede gestar pero no posee óvulos para realizar la fertilización, por lo que recibe una donación de óvulos. En esta modalidad, el bebé será gestado en el vientre de su futura madre no en el vientre de la madre subrogada, consistiendo la subrogación en la donación de óvulos que realiza la madre subrogada a la madre contratante.

### **2.1.4. Embriodonación**

La embriodonación tiene lugar cuando hay infertilidad en la pareja contratante. Es decir que la mujer contratante no genera óvulos, no puede gestar ni mantener un embarazo

---

<sup>15</sup> La maternidad intervenida, reflexiones en torno a la maternidad subrogada. Pág. 6



por determinada causa médica. Y en el caso del hombre, este es infértil o de su conteo de espermatozoides (antígeno prostático) resulta la evidencia de su imposibilidad física para engendrar. En este caso se recurre a un donante de espermatozoides anónimo o conocido por la pareja contratante y al auxilio de una mujer dispuesta a realizar el proceso, es decir la madre subrogada quien será la encargada de llevar a cabo el proceso de gestación hasta el alumbramiento.

En la embriodonación, puede darse la intervención de hasta tres personas en el proceso gestacional. Por ejemplo: los óvulos de una mujer, el útero de otra y los espermatozoides de un tercero.

## **2.2. Tipología de subrogación maternal en atención a su motivación**

Esta división en cuanto a la subrogación gestacional, se realiza en atención a la motivación e intereses por los cuales la madre subrogada presta su cuerpo para la gestación de un bebé ajeno, pues estos pueden ser variados, por ejemplo intereses personales, morales, patrimoniales o espirituales; la subrogación desde esta perspectiva puede ser onerosa o gratuita.

### **2.2.1. Maternidad subrogada onerosa o por servicio (comercial)**

Puede darse en cualquiera de las tipologías de la subrogación maternal antes mencionadas, independiente de su aporte genético.

En el contrato de subrogación onerosa se debe estipular una remuneración de carácter pecuniario para la madre subrogada a cambio de su ayuda en la gestación del bebé.

Esta modalidad está tácitamente prohibida en varios países, entre ellos México. Se profundizará acerca de este aspecto de la legislación internacional en materia de subrogación maternal, en los capítulos siguientes.

### **2.2.2. Maternidad subrogada gratuita o altruista**

Aquella por la cual dentro del contrato de subrogación se acuerda que la madre subrogada se presta a realizar la gestación de forma gratuita, pues desea colaborar a gestar la vida de un bebé, para los padres contratantes, de forma voluntaria sin que

medie lucro o interés dinerario. Este tipo de subrogación suele darse cuando existe un vínculo fraternal afectivo, ya sea consanguíneo o de amistad entre la madre subrogada y la pareja contratante. En varias legislaciones internacionales, la gratuidad de la subrogación gestacional es requisito sine qua non para la legalidad del contrato de subrogación.

### **2.3. Causas que dan origen a la maternidad subrogada**

La institución de la maternidad subrogada, tiene su aparición a finales del siglo XX consolidándose durante el inicio del siglo XXI. En los últimos años dicha ha logrado convertirse en una vía alterna para todas aquellas personas que desean convertirse en padres, pero que por algún motivo o impedimento médico determinado no puede hacerlo por sí mismos, encontrando en la maternidad subrogada, la solución para poder procrear hijos que tengan o no un vínculo biológico con ellos. Por tal motivo, es importante determinar, cuáles son aquellas causas que dan origen y promueven la práctica de la maternidad subrogada, entre los cuales están los padecimientos médicos como la infertilidad en las parejas (casadas o no) de uno o ambos de los sujetos o bien la infertilidad del sujeto interesado en convertirse en madre o padre o en alguno casos el interés económico o la experimentación científica.

A continuación se listan algunos de los conflictos que evidencian la necesidad de la regulación especial de la institución de la maternidad subrogada:

- La presunción y determinación legal del estatus de maternidad y paternidad respecto del niño nacido.
- El supuesto de la posible muerte de ambos padres contratantes durante el proceso de gestión del niño por nacer y lo que sucedería con este luego de su nacimiento, en cuanto a quién se encargaría de su cuidado, alimentación, educación y crianza.
- El supuesto de un posible rechazo por parte de los padres contratantes, hacia el bebé (en formación o recién nacido), debido a padecimientos físicos y disfunciones médicas que motiven solicitar por parte de aquellos, la interrupción del embarazo de la mujer que funge como madre subrogada o en caso de haber nacido ya el niño, lo



rechacen como hijo y desistan de hacerse cargo de su cuidado, alimentación, educación y crianza.

En la doctrina de países con distinta legislación de la guatemalteca, los autores establecen el supuesto anterior, donde el aborto podría suscitarse; en Guatemala, esto no sería viable, debido a que el Código Penal de Guatemala en su Libro Segundo Parte Especial Título I Capítulo III relativo al aborto, establece como bien jurídico tutelado, la vida del bebé por nacer, protegiéndola de cualquier acto que busque vulnerar o acabar el proceso gestacional, estableciendo delitos relativos a tales actos (Ver anexo 2).

#### **2.4. Análisis de los argumentos en contra de la maternidad subrogada**

Dentro de la teoría moderna del derecho, la cual fundamenta la institución y práctica de la maternidad subrogada dentro de las sociedades, han surgido diversas opiniones en cuanto a su práctica y a la validez de los derechos que surgen de la subrogación, dichas opiniones han sido tanto a favor como en contra, siendo las últimas las que se oponen a la práctica de la maternidad subrogada. Los principales argumentos que se invocan en contra de la práctica de la maternidad subrogada que han sido planteados por expertos médicos (excluyendo a los genetistas que apoyan y abogan por la práctica de la maternidad subrogada) y escritores, estudiosos de la materia, pueden ser reducidos a siete planteamientos básicos, los cuales se exponen a continuación:

a) La maternidad es un proceso natural e incorporar otras modalidades o variables de la maternidad es un proceso moralmente inaceptable.

Este es uno de los principales argumentos en contra de la práctica de la maternidad subrogada, sin embargo, es una falacia, pues como establece el profesor Carlos Augusto Velásquez "las falacias son razonamientos no válidos...Suelen usarse en textos argumentativos para manipular la opinión o ante la imposibilidad o incapacidad de aportar razonamientos sólidos y, por lo tanto, válidos."<sup>16</sup>

El argumento es una falacia no formal de atingencia por ignorancia."Se llama falacia no formal a la que no se presenta bajo la forma de un silogismo típico. Es decir, son

---

<sup>16</sup> Lecciones de filosofía. Pág. 213



razonamientos no formales...Muchas falacias no formales presentan primero una conclusión y luego, para tratar de demostrarla, se acuden a premisas que no le corresponden...Las falacias se clasifican en de atingencia y de ambigüedad. En las primeras, la conclusión no se extrae por conexiones lógicas, sino psicológicas..."<sup>17</sup>

Los autores Copi y Cohen, citados por el profesor Carlos Augusto Velásquez sobre la falacia no formal de atingencia por ignorancia indican que "Es el error que se comete cuando se argumenta que una proposición es verdadera sobre la base de que no se ha probado su falsedad o, a la inversa, de que es falsa porque no se ha probado su verdad"<sup>18</sup>

Respecto al por qué existen posturas que se sustentan en falacias o argumentos faltos de objetividad el profesor Velásquez comenta "Las personas con mentalidad conservadora acuden a falacias de este tipo...En los debates sobre avances científicos son comunes los argumentos que apelan a la ignorancia."<sup>19</sup>

Lo anterior permite afirmar con carácter científico, que tal argumento se basa en una falacia, pues decir que la maternidad subrogada no es un proceso natural y que es inmoral, por el solo hecho de desconocer el proceso científico a través del cual se lleva a cabo la subrogación, es inválido.

Aunado al breve análisis filosófico que se ha realizado, cabe mencionar que los precursores de la maternidad subrogada, aceptan la subrogación como un proceso natural. Igualmente, si se enfoca la contra argumentación, en el hecho de la anti naturalidad, se pueden citar diversas prácticas comunes de la vida moderna que podrían ser consideradas antinaturales y por lo tanto inmorales, por ejemplo: las vacunas, que son antídotos extraños, que se inyectan a las personas, para salvar sus vidas, cuando lo correcto sería que murieran, pues es un proceso natural. Otro ejemplo, son las operaciones de trasplantes de órganos, son actos antinaturales y por lo tanto inmorales, por lo que su práctica debería ser mal vista, pues a pesar de que ayudan a las personas a tener una mejor calidad de vida y muchas veces contribuyen a su

---

<sup>17</sup> Ibid Pág. 214

<sup>18</sup> Ibid Pág. 217

<sup>19</sup> Ibid Pág. 218



reincorporación en la sociedad, lo natural es que continúen con la discapacidad de la que adolecen, o que su padecimiento continúe su curso hasta que mueran.

En la analogía de los ejemplos anteriores, se evidencia, la fragilidad e invalidez, del argumento en contra de la maternidad subrogada.

b) Utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, es una forma más de apropiación, control, sojuzgamiento y explotación de la mujer.

Este argumento presenta mayor complejidad que el anterior y mayor dificultad para desarmarlo de forma lógica y válida, pues esta objeción moral puede resultar verdadera en ciertos casos. Sin embargo es necesario aclarar que la institución de la maternidad subrogada per se, no contempla bajo ningún concepto la explotación de la mujer y su deshumanización y es únicamente en la deformación de la institución que se suscita la utilización de la mujer subrogada.

La idea principal que presenta esta crítica es la utilización de las mujeres que funcionan como madres subrogadas, pues históricamente las mujeres han sido utilizadas y disminuidas a un simple objeto, siendo manipuladas y explotadas, principalmente por los hombres, para satisfacer sus propios deseos y fines, así mismo homologan la subrogación a un machismo moderno patriarcal imponiéndole a la mujer la obligación de parir, usándola como un simple recipiente.

Esta crítica, es realizada principalmente por los sectores feministas. Frente a tal extremismo, es sencillo, el debatir su validez, pues propio de la subrogación, como ya se expuso, es la libertad de decisión de la mujer que va a ser madre subrogada para la validez del contrato de subrogación, que es el instrumento jurídico que redarguye de validez toda el proceso de la subrogación.

Por lo anterior, resulta equivocado pensar, que se utiliza a la mujer, deshumanizando su existencia y desvalorando su dignidad humana, pues es la propia mujer la que toma la decisión de convertirse en madre subrogada, de forma libre, consciente y voluntaria, sin que aparezcan vicios del consentimiento, que invaliden la subrogación y sus efectos jurídicos y sociales posteriores.



c) El valor dinerario que la maternidad subrogada representa mercantiliza a los seres humanos, debido a que un ser humano (niño o niña) no puede ser un medio para obtener beneficios económicos.

Previamente a analizar este supuesto, debe establecerse que el objetivo de la maternidad subrogada no es traficar ni lucrar con la vida de los menores de edad, pues en todo caso esta idea sería desvirtuar los principios y fundamentos de la institución de la subrogación.

Debe aceptarse que la idea de una retribución dineraria es innegable y hasta cierto punto necesaria, esto debido a que el intercambio de una cantidad dineraria, pactada entre la pareja contratante y la madre subrogada, tiene su origen y justificación en el hecho de que la madre subrogada, consentirá se realicen procedimientos médicos en su cuerpo y llevará a cabo el proceso de gestación. De lo anterior se deduce que la madre subroga, se enfrentará a cambios físicos, a padecimientos que puede sufrir antes, durante y posteriormente al embarazo, pues por lo regular debe someterse a varias sesiones médicas para lograr la fecundación exitosa (cualquiera que sea la modalidad de subrogación).

Se sabe de los padecimientos físicos, que la mujer sufre durante el período gestacional, lo que produce un incremento en los gastos personales, alimenticios y médicos de la mujer, luego del embarazo puede necesitar atención médica especializada no solo por posibles complicaciones durante el alumbramiento; sino también porque durante todo el proceso gestacional y posterior al mismo, es recomendable que la madre subrogada reciba un tratamiento psicológico, pues en la subrogación prima la vida del bebé como la vida y bienestar de la madre subrogada, tanto físico como psicológico.

Tomando en cuenta lo anterior, es justificable el hecho de que a la madre subrogada se le haga entrega de una determinada cantidad dineraria, pues es evidente que todos los procedimientos, riesgos y tratamientos representan un gasto, por lo que la retribución que recibe la madre subrogada, tiene como fin, cubrir los mismos a cabalidad, por lo que se establece que en ningún momento existe una mercantilización de los seres humanos que intervienen en la subrogación, específicamente la madre subrogada.



Puede darse en algunos casos que los valores dinerarios que se entregan a la madre subrogada son excesivos, pero este supuesto requiere un análisis aislado para incluso considerarse sea regulado por el Estado, evitando así el intercambio de fuertes sumas de dinero que vulneren los derechos de cualquiera de las partes dentro de la subrogación y perviertan la institución.

En lo que respecta a la presente tesis, se busca la incorporación y reconocimiento legal de la maternidad subrogada gratuita, por considerarla más acorde a la realidad guatemalteca.

d) Gestar un hijo, sabiendo con anticipación cual será su destino, es objetable.

Este argumento en contra, se fundamenta en el destino que va a tener el bebé gestado. Esta previsión, parece ser más bien un argumento de validez y no un factor cuestionable, pues es la mujer que funge como madre subrogada, quien, de forma voluntaria y consciente presta su cuerpo para fecundar a un bebé que entregará a la pareja contratante, por lo que tiene plena conciencia de qué sucederá con el bebé que gestará, el cual, en la mayoría de los casos, no tiene un vínculo genético con esta, por lo que de hecho no es su hijo biológico.

e) Desprenderse de la maternidad y de la responsabilidad que implica la misma, es moralmente inaceptable.

Este argumento, parece estar hecho sobre el conocimiento erróneo de lo que la maternidad subrogada es en realidad ya que la madre subrogada, no se desprende de un estatus de maternidad, pues nunca lo tuvo, ni lo asumió. Las responsabilidades de la madre subroga se limitan al cuidado del bebé durante el periodo de gestación hasta el momento del alumbramiento, dentro del ámbito de sus responsabilidades no estando en ella la crianza, educación, ni alimentación del bebé, pues estas responsabilidades corresponden estrictamente, a la mujer contratante, por ser ella, quien desde un principio asumió el estatus de maternidad con respecto al bebé recién nacido.

f) Los niños y/o niñas nacidos bajo esta modalidad de maternidad, sufrirían consecuencias psicológicas y sociales a lo largo de su vida.



Este argumento, tiene su base fundamentalmente en dos aspectos a saber: El primero consiste en hacer referencia al rompimiento del vínculo materno filial que se suscita en la maternidad subrogada, el cual se forja durante la gestación entre la madre subrogada y el bebé por nacer; el segundo aspecto, se refiere a las dificultades que se presentan en cuanto a la aceptación social de los niños y niñas nacidos a través de la subrogación. Ambos aspectos, son aducidos como potenciales causales de trastornos y problemas psicológicos y sociales para los niños y niñas nacidos bajo la forma de subrogación. Se debe establecer que la separación o rompimiento del vínculo materno filiar entre el bebé y la madre subrogada, no es un acontecimiento traumático, tal como lo han evidenciado seguimientos a largo plazo de casos de subrogación.

Respecto a los posibles problemas de aceptación social y discriminación, que tendrían que enfrentar los niños y niñas nacidos a través de la subrogación, es razonable que pueda darse esta preocupación, pues el problema de la discriminación es tan antiguo como la sociedad misma, la discriminación no surge entonces, del hecho del nacimiento de un niño o niña por medio de la maternidad subrogada, sino que nace de la cultura conservadora y no inclusiva de los mismo detractores de la maternidad subrogada.

En el caso de Guatemala la discriminación es un delito dentro del ordenamiento jurídico por lo que tales acciones sociales, son perseguidas penalmente por el Estado. Al respecto el Artículo 202 bis del Código Penal establece "Se entenderá como discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de género, raza, etnia, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia, que impidiere o dificultare a una persona, grupo de personas o asociaciones, el ejercicio de un derecho legalmente establecido...de conformidad con la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos...", razón por la cual este argumento no tiene hacedero en este país.

La discriminación por haber nacido producto de la subrogación es científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta. Aceptar el desuso de dicha práctica, para evitar discriminación es en todo caso promoverla indirectamente, la sociedad está obligada a respetar a cada individuo pues su calidad de ser humano le otorga una





esfera de derechos oponibles erga omnes. En la actualidad existen diversos cuerpos normativos nacionales como internacionales que buscan erradicar la discriminación en todas sus formas, estableciendo como delitos diversos actos discriminatorios, así como procedimientos internacionales que velan por el respeto a la persona humana.

g) Es inmoral traer al mundo a un niño a través de la subrogación, pues existen muchos niños que necesitan y pueden ser adoptados.

Este argumento plantea la preferencia por el uso de la adopción. Sin embargo la decisión de convertirse en padres es libre y voluntaria, no puede estar sujeta a condiciones, como elegir entre la subrogación o la adopción. Además hay que recordar como ya se indicó anteriormente, que el proceso de adopción en Guatemala, posee diversas aristas, que hacen poco atractivo el optar por una adopción (Ver anexo 1). La peculiaridad de la subrogación es que posibilita a los padres contratantes a aportar su material genético en la fecundación de su hijo, estableciendo un vínculo genético con este, característica que no brinda la adopción.

Puede establecerse que los argumentos en contra se ven desprovistos de elementos de validez y que se basan más en una moralidad conservadora, que en elementos realmente validos que hagan pensar que la subrogación es contraproducente para alguna de las partes involucradas a tal punto que sea mejor su desuso.

## **2.5. La subrogación hace necesaria la ampliación del derecho de familia**

### **2.5.1 Derecho de familia**

Como resulta evidente la práctica y uso de la subrogación desencadena una serie de situaciones que interesan al derecho regular, pues devienen derechos que es necesario establecer de forma legal, por lo que debe hacerse un estudio de las figuras jurídicas que la subrogación modifica dentro del derecho de familia, para así establecer dónde es necesario realizar las modificaciones, para conciliarlas con la subrogación.

Francisco Messineo citado por Rafael Rojina Villegas, define a la familia como “el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí, por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido

naturalístico), y que constituye un todo unitario...puede incluirse, en el término "familia" personas difuntas (antepasados, aún remotos), o por nacer; familia como stirpe, descendencia, continuidad de sangre; o bien, todavía en otro sentido, las personas que contraen entre sí un vínculo legal que imita el vínculo del parentesco de sangre (adopción): familia civil"<sup>20</sup> .

De las definiciones anteriores, puede establecer que de la familia surgen tres clases de relaciones a saber: a) Relación conyugal, siendo está la que se da entre los cónyuges, o en su caso entre los convivientes de la unión de hecho legalmente declarada; b) Relación paterno-filial, la cual es la que se da entre los padres y los hijos; y c) Relación parental, siendo está relación la que se da entre parientes. Siendo la más amplia de las tres.

Es pertinente proponer una nueva definición de lo que debe entenderse por familia, y aún más importante, que dicha definición, integre las nuevas formas de ingresar a la misma, tales como la adopción, la clonación, la subrogación, entre otros métodos y procedimientos que actualmente están regulados y reconocidos en las legislaciones de diversos países. La autora propone para fines de la presente tesis, que se defina a la familia como un **conjunto de personas que se unen por razón de parentesco (por consanguinidad o afinidad) o por disposición de la ley (parentesco legal)**.

## **Parentesco**

Anteriormente se ha mencionado de forma superficial, el tema del parentesco, sin embargo, al desarrollar el tema del derecho de familia debe ahondarse en aquel.

Rafael Rojina Villegas, establece que "el parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho"<sup>21</sup> .

Es evidente que la institución de la filiación debe ser modificada, tanto en el ámbito doctrinario como legal, principalmente en este último, pues la legislación en materia de

<sup>20</sup> Derecho civil mexicano. Pág. 33

<sup>21</sup> Ibid Pág. 187



familia debe brindar al Juez la posibilidad de establezca la filiación en casos cuya particularidad sea singular y la legislación ordinaria sea insuficiente o ambigua para su resolución y determinación.

La filiación reconocida en la legislación guatemalteca, establece una clasificación tripartita, la cual de conformidad con el Artículo 109 del Código Civil, es: a) Parentesco natural o por consanguinidad, b) Parentesco legal o por afinidad, y c) Parentesco civil (el cual se origina de la adopción)

Dicha clasificación continua siendo aplicable a la realidad de la sociedad guatemalteca, sin embargo, pareciera más conveniente establecer únicamente dos grandes tipos de filiación, siendo estos el parentesco genético y el parentesco ficto. Este último abarca al parentesco por afinidad y al parentesco civil, pues ambos son ficciones legales.

El parentesco genético o por consanguinidad, encuadra tanto a los parientes en la línea recta como a los parientes en la línea colateral; el parentesco ficto, por su parte, puede sub-clasificarse de la siguiente manera: a) Parentesco afín, político o por afinidad, y b) Parentesco legal

## **2.5.2. Derecho de la personalidad**

### **2.5.2.1. Concepto de persona**

La persona como concepto tiene dos acepciones: una cotidiana o corriente, por la que se entiende que la persona, es el ser humano y otra que es la jurídica y la que importa al objeto de la presente tesis, que define a la persona como todo ser capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones.

Castán, citado por Alfonso Brañas, establece que la persona es aquel “sujeto activo o pasivo. de relaciones jurídicas”<sup>22</sup>

### **2.5.2.2. Personalidad**

Un elemento intrínseco (esencial) de la naturaleza de la persona física (persona humana) es la personalidad, la autora define la personalidad, para fines de la presente

---

<sup>22</sup> Brañas, Op. Cit. Pág. 29



investigación como **la investidura jurídica que el Estado otorga a una persona para ser sujeto activo o pasivo en el ámbito del derecho.**

### **2.5.2.3. Teorías de la personalidad**

Respecto a la atribución de la investidura para existir como sujeto activo o pasivo en el ámbito del derecho, que consiste en la personalidad, ha de establecerse, desde qué momento, la misma es reconocida a la persona. En cuanto a este tema la doctrina establece cuatro teorías sobre la personalidad, a saber, las cuales son:

**a) Teoría de la concepción.** La cual sustenta que la personalidad del ser humano es reconocida desde el momento de su concepción, es decir que protege al nasciturus. Respecto de esta teoría, en el ámbito de la legislación guatemalteca, existe un debate, pues algunos juristas consideran que el Artículo 3 de la Constitución Política de la República sustenta el fundamento de que es esta teoría la que sigue la legislación guatemalteca en contraposición a la teoría ecléctica, al respecto la Corte de Constitucionalidad ha establecido:

“el derecho a la vida está contemplado en el texto supremo (artículo 3) como una obligación fundamental del Estado, pues el propio preámbulo de la Constitución afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, y de ahí que en la ley matriz, también se regule que por ello debe garantizar a los habitantes de la República (entre otros aspectos) la vida y su desarrollo integral (artículo 2), por lo que este derecho constituye un fin supremo, y como tal merece su protección”<sup>23</sup>

De lo anterior, se evidencia el sentido del Artículo mencionado, el cual tiene como objeto primordial, la protección a la vida humana, sin embargo, previamente a determinar una postura en cuanto al debate existente, se desarrollaran las demás teorías sobre la personalidad.

**b) Teoría del nacimiento.** Establece que la personalidad, se reconoce al ser humano desde el momento de su nacimiento. Es decir que en la teoría del nacimiento únicamente es requisito que la persona nazca viva, sin importar las condiciones de su

<sup>23</sup> Gaceta No. 64. Expediente 949-2002. Fecha de sentencia: 29/06/2002.



nacimiento. Esta teoría excluye de la protección jurídica al que ser humano **que se** encuentra por nacer.

**c) Teoría de la viabilidad.** Dicha teoría al igual que la anterior, establece que la personalidad se le reconoce a la persona al momento de su nacimiento, sin embargo, está además exige que la persona nazca en condiciones de viabilidad, es decir que su desarrollo humano y perpetuación de su vida se garanticen, en otras palabras es excluyente en cuanto a no reconocer la personalidad de aquellos seres humanos, que nazcan con algún tipo de defecto físico o mental, teoría que cae en prácticas discriminatorias, razón por la cual, la teoría de la viabilidad, no encuentra cabida en la corriente de derecho actual, pues su aceptación, implica la discriminación.

**c) Teoría ecléctica.** La cual es la teoría que sigue Guatemala, esto a criterio de la mayoría de juristas. Esta consiste en una conjugación de las tres anteriores:

a) Protege al nasciturus (al que está por nacer); b) reconoce su nacimiento como un hecho insoslayable para el reconocimiento de su personalidad; c) Establece la necesidad de su viabilidad.

Esta teoría se encuentra plasmada en el Artículo 1 del Código Civil guatemalteco, el cual establece: “La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad”

Respecto al debate sobre sí la legislación civil guatemalteca sigue la teoría de la concepción o la teoría ecléctica, se considera que la más atinada es la teoría ecléctica, pues engloba tanto la teoría de la concepción como las otras anteriormente expuestas, siendo la más completa, sin embargo, esto varía según el criterio de cada jurista, práctica que es correcta, pues el derecho es susceptible de interpretación buscando siempre la que más favorezca a la persona en su actividad personal.

### **2.5.3. Sucesión hereditaria**

Como último punto, se menciona lo referente a la sucesión hereditaria, tema que ha sido uno de los principales elementos de objeción para la práctica de la maternidad



subrogada, pues implica diversos conflictos legales que aparentemente serían difíciles de resolver.

La sucesión hereditaria es la institución del derecho a través de la cual se traspasan la masa patrimonial de una persona a otra, incluyendo bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen debido a la muerte del causante.

### **2.5.3.1. Clases de sucesión hereditaria**

**a) A título universal (herencia).** Es decir que la masa hereditaria, se transfiere completamente a uno o varios herederos. Si fuera el caso de varios herederos, la masa hereditaria, se dividirá en una parte alícuota para cuantos herederos existan.

**b) A título particular (legado).** En esta clase de sucesión hereditaria el legatario, recibe uno o varios bienes, previamente especificados por el causante.

### **2.5.3.2. Tipos de sucesión**

**a) Sucesión testamentaria.** Este tipo de sucesión solo puede tener lugar, cuando el causante ha otorgado testamento, para disponer de su masa hereditaria, para luego de su muerte.

El testamento es la expresión de la última voluntad de un individuo, es de carácter personalísimo, unilateral, solemne y revocable.

**b) Sucesión intestada.** Tiene lugar, cuando el causante no ha otorgado testamento y por consiguiente, el destino de su masa hereditaria es hasta cierto punto incierto, pues debe iniciarse en jurisdicción voluntaria un proceso judicial o notarial, para que de conformidad con la ley, se declaren legalmente quienes tienen derechos a heredar del causante la masa hereditaria que este haya dejado. En el caso de no encontrar herederos legales, será el Estado quien se quede con la herencia. A los herederos de una sucesión intestada se les conoce con el nombre de herederos ab intestato.

De forma somera se ha intentado exponer, la teoría básica sobre la sucesión hereditaria, ahora bien, respecto del derecho de sucesión en cuanto a los hijos procreados a través del procedimiento de subrogación, resultan varias interrogantes,



como por ejemplo ¿Qué grado parentesco y filiación tendrán los hijos subrogados respecto a sus padres legales (sean o no biológicos) y tendrán estos algún tipo de parentesco respecto de la madre subrogada?; y ¿Qué tipo de sucesión existirá entre los hijos subrogados y sus padres legales y entre aquellos y la madre subrogada?. Estos y otros conflictos legales, que pueden llegar a surgir respecto de los hijos subrogados y sus padres legales, la madre subrogada y donadores de gametos, deben de normarse y resolverse, de conformidad con la observancia del Artículo 50 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: "Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos. Toda discriminación es punible"

Así de conformidad con el Artículo citado, cualquier regulación en cuanto al derecho a heredar de los hijos subrogados respecto a sus padres legales, no debe existir alguna distinción o discriminación ante los hijos procreados de forma convencional, pues la norma constitucional al respecto es clara e imperativa.



## CAPÍTULO III

### 3. Marco jurídico de la subrogación en legislaciones extranjeras

#### 3.1. Consideraciones generales

Respecto al tema de la maternidad subrogada, las legislaciones de diversos países, son fuertemente contradictorias, sin embargo, deben ser analizadas tomando en cuenta que las mismas corresponden a la cultura, costumbre y necesidades de sus sociedades en particular, lo que se evidencia, en la regulación sobre este tema.

En cuanto a legislación en materia de subrogación gestacional, se puede clasificar a los países, en tres grupos, siendo estos:

- a) Países que permiten y regulan el procedimiento de la maternidad subrogada;
- b) Países que prohíben e incluso penalizan la práctica de la maternidad subrogada; y
- c) Países que no regulan nada acerca de dicha institución, existiendo en la legislación de dichos países un importante vacío legal, frente a los conflictos que puedan surgir en esta materia. Dentro de este tercer grupo se encuentra actualmente Guatemala.

#### 3.2. Legislación internacional referente a la maternidad subrogada

##### 3.2.1. Estados Unidos de Norte América

Estados Unidos de Norte América es sin duda alguna una de las mayores potencias económicas del mundo en la actualidad, pero aunado a ello, destaca también el importante desarrollo científico, jurídico y social que la nación estadounidense ha tenido en cuanto a temas que en casi todos los países de latinoamérica siguen siendo tabú, entre estos temas se encuentra lo relativo a la implementación, práctica y regulación de la figura denominada maternidad subrogada.

Debido a que es un país territorialmente sumamente extenso, la organización territorial se divide por estados, los cuales están descentralizados del poder central, razón por lo cual no existe regulación nacional sobre el tema. Existe regulación jurídica diversa y dispersa respecto al tema, dependiendo del estado que se estudie, por tal motivo, la



autora considera conveniente proponer, para una mejor comprensión del tema, una clasificación de los estados, según su regulación respecto de la subrogación:

**a. Estados en los cuales los contratos de subrogación son nulos e inexigibles:** Delaware, Idaho, Indiana, Luisiana.

**b. Estados en los cuales existe prohibición expresa para realizar contratos de subrogación:** Nebraska, Columbia, Arizona, Indiana, Minnesota, Michigan y New York.

**c. Estados en los cuales los contratos de subrogación son válidos y exigibles:** California, Connecticut, Kentucky, Massachusetts, Ohio, Pensilvania.

**d. Estados en los cuales se permiten los contratos de subrogación y se regulan algunas modalidades:** Arkansas, Dakota del Norte, Florida, Illinois, Nevada, New Hampshire, Texas, Utah, Virginia, Luisiana, Nueva Jersey, Oregón, Tennessee, Washington.

**e. Estados donde no existen regulación ni jurisprudencia sobre los contratos de subrogación:** Alabama, Alaska, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Colorado, Dakota del Sur, Georgia, Hawaii, Iowa, Kansas, Maine, Maryland, Mississippi, Missouri, Montana, Nuevo México, Oklahoma, Rhode Island, Vermont, Virginia del Este, Wisconsin, Wyoming.

En los Estados de Kentucky, Luisiana, Washington, Florida, Nevada, Illinois, New Hampshire y Virginia, solo se validan los contratos de subrogación gratuita o altruista. En los Estados de Florida, New Hampshire y Virginia también se requiere que la madre contratante, sea declarada médicamente con infertilidad incurable. Los Estados de Virginia y New Hampshire, requieren además que exista previa aprobación judicial para celebrar el contrato de subrogación, sin la cual el contrato es inválido.

Como se puede observar no existe uniformidad en cuanto a la legalidad y validez de la práctica de la maternidad subroga; Debido a las diversas regulaciones respecto de la práctica de la subrogación y de los contratos de subrogación, la doctrina ha desarrollado diversas teorías para determinar la legalidad o ilegalidad de los contratos de subrogación, entre las principales teorías, se pueden mencionar las siguientes:



**a. La teoría de la intención (*intent-based theory*)**

**b. La teoría de la contribución genética (*genetic contribution theory*);**

**c. La teoría de preferencia de la madre gestante (*gestational mother preferente theory*)**

**d. La teoría sobre el mejor interés o el interés superior del menor de edad (*the best interest of the child theory*).**

**a. La teoría de la intención (*intent-based theory*).** Esta teoría es aplicable, cuando una corte o un Estado determina quién es la madre legal de un bebé, entre una madre contratante (conocida también como la madre comitente *commissioning mother*) y una madre subrogada, a través del establecimiento de quién de estas ha tenido la intención de procrear y crear al bebé, incluso desde antes del momento de celebrar el contrato de subrogación. Esta teoría fue desarrollada por el estado de California en el caso de Johnson vs. Calvert en 1993, en el que por primera vez una corte estadounidense se enfrentó a la problemática de determinar acerca de si la madre legal es aquella que da a luz a la criatura o la que provee el material genético. En el caso concreto, la mujer contratante era capaz de producir óvulos, pero esta no podía realizar el proceso de gestación de una criatura, debido a que había sido sometida a una histerectomía. Como resultado de aquel impedimento médico, la mujer y su pareja contrataron a una mujer para que fuera la madre subrogada de su futuro hijo, la madre subrogada acordó ser implantada con el embrión fertilizado de la pareja. Sin embargo, luego del alumbramiento del recién nacido, tanto la madre biológica como la madre subrogada que gestó a la criatura solicitaron a la corte de California que determinase preliminarmente a quién de ellas correspondía la maternidad legal.

Según el Código Civil del estado de California la maternidad legal puede ser determinada mediante el parto o pruebas genéticas. Dado que tanto la madre biológica como la gestante tenían un reclamo válido en cuanto a la maternidad respecto del recién nacido, la corte se vio en la necesidad de buscar un nuevo método para determinar a quién debía atribuírsele el estatus de madre legal. En este caso concreto, la corte optó por hacer una determinación de la intención de las partes al entrar al



contrato de subrogación independientemente de la validez del contrato. La corte de California, concluyó en que la madre legal es aquella con la intención y con el propósito de procrear y de criar la criatura desde antes de la existencia del contrato de subrogación. Es decir entonces, que esta teoría se fundamenta en la creencia de que para determinar quién es la madre legal del niño subrogado, es necesario atender a que ha sido la madre o pareja contratante quien mostro el interés de realizar un contrato con una mujer gestante, pues sin dicho interés el recién nacido no habría sido gestado.

**b. La teoría de la contribución genética (*genetic contribution theory*).** Para la determinación de la maternidad, esta teoría se basa en la relación genética que existe entre la madre y el recién nacido. La problemática, surge en el caso de que una tercera mujer sea la donadora del óvulo, caso en el cual, el bebé subrogado no tiene relación genética alguna, ni con la mujer gestante (madre subrogada), ni con la madre contratante, que es la que tiene la intención de criar a la criatura.

En esta teoría, la mujer que dona el óvulo tendría pleno derecho para reclamar legalmente la maternidad sobre el recién nacido, aún cuando esta sea anónima y no haya tenido intervención alguna durante el proceso de gestación del bebé. Es por esta contradicción moral, que en la doctrina moderna se ha optado por concluir que esta teoría, debe limitar la disputa sobre el derecho del estatus de maternidad legal, únicamente entre la madre subrogada y la madre contratante (aunque esta no sea la que haya aportado el óvulo).

**c. La teoría de preferencia de la madre gestante (*gestational mother preferente theory*).** Esta teoría establece que la mujer que gesta y da a luz al recién nacido debe ser reconocida como madre legal del mismo. Le da un gran valor al lazo emocional que se crea durante el proceso de gestación entre el bebé y la madre subrogada, un valor que se supone es mucho mayor al vínculo que representa el vínculo genético.

Fue mayormente aceptada en la época previa al desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, ha sido adoptada por los estados de Dakota del Norte y Arizona.

**d. La teoría sobre el mejor interés de menor o el interés superior del menor de edad (*the best interest of the child theory*).** Esta teoría se fundamenta en el bienestar



del niño subrogado, independientemente de sus lazos genéticos o gestacionales. Por tanto, toma en consideración factores como la mejor capacidad de las personas involucradas para proveer al niño en todos los ámbitos de su vida. Esta teoría faculta de un amplio poder discrecional a los tribunales de familia, para discernir en cuanto a la vida del menor de edad y con quién debe este permanecer. Uno de los primeros casos en los cuales se aplicó esta teoría fue en el Estado de New Jersey en 1988, en el caso Baby M, dicho caso, fue el primero a nivel mundial, en el cual se ventiló la problemática referente a la maternidad subrogada.

### **3.2.2. Ucrania**

En Ucrania, durante los años ochenta, comenzaron las prácticas de métodos de medicina reproductiva asistida, Jarkov, fue la primera ciudad en donde se utilizó el método de fecundación in vitro, el cual fue aplicado con éxito, como resultado del mismo en 1991 nació una pequeña bebé llamada Katya. Así mismo Jarkov, fue la primera ciudad de los países de la conferencia de estados Independientes en realizar un programa de alquiler de vientres, a través del cual más de 1,000 bebes han nacido durante los últimos 20 años, bajo el método asistido de la maternidad subrogada. Todos los procedimientos referentes al Alquiler de vientre están aprobados por el ministerio de justicia de Ucrania, la administración de justicia en la región de Jarkov, el comité estatal de política de regulación y emprendimiento y el ministerio de sanidad de Ucrania.

#### **3.2.2.1. Procedimiento de subrogación en la ciudad de Jarkov:**

- a. Se informa a los participantes del programa de subrogación, acerca de todos los aspectos que atañen al procedimiento de medicina reproductiva asistida, se identifican a los participantes del proceso, tanto a los padres genéticos como a la madre subrogada. Parte del proceso asistido, consiste en brindar a los padres contratantes, la posibilidad de elegir una candidata de la base de datos del centro de maternidad subrogada, para que sea esta la madre subrogada para su futuro hijo.
- b. Si fuese necesario, los padres contratantes y la madre subrogada reciben atención psicológica, para que tengan un completo entendimiento del proceso al que están a punto de someterse. Así mismo reciben asesoría jurídica y organizacional, para tener



plena consciencia de las consecuencias jurídicas y sociales del proceso de subrogación.

c. El centro de alquiler de vientre, se dedica a coordinar todo lo relativo al proceso de subrogación, integrando conocimientos, habilidades, aptitudes y esfuerzos de todos los miembros que participan en el programa de subrogación, tanto como agentes pasivos y activos: padres contratantes, madre subrogada, especialistas médicos, asistentes médicos, etc. Ucrania es uno de los países de Europa, que pueden ser considerados como pioneros en la práctica y regulación de la subrogación, pues llevan varios años practicando dicho procedimiento de forma eficaz y confiable, presentando al mundo ideas innovadoras y revolucionarias en cuanto a los métodos de reproducción asistida.

### **3.2.3. Australia**

En dicho país, los llamados comités de investigación de diversas jurisdicciones territoriales, consideran la subrogación, como una práctica poco ética, la cual recomiendan sea prohibida e incluso castigada penalmente. En diversos distritos australianos se han establecido como inválidos y no coercibles de cumplimiento los acuerdos y contratos referentes a la subrogación, así mismo se considera que la práctica de la subrogación es una ofensa moral a la sociedad australiana. Sin embargo, se hace una tajante distinción entre dos tipos de subrogación:

- La maternidad subrogada comercial (onerosa), y
- La maternidad subrogada altruista (gratuita)

La primera es considerada delito y es castigada con prisión o multa; la segunda es permitida, sin embargo, es prohibida toda clase de publicidad al respecto y la madre subrogada no queda obligada en ningún modo a entregar al bebé producto de la subrogación.

### **3.2.4. Inglaterra**

La legislación inglesa se fundamentó desde un inicio en la teoría de la preferencia de la madre gestante, pues se definió que "es madre la mujer que da a luz un niño sin considerar si hubo o no colocación de embrión, esperma u óvulo; y, que ninguna otra



mujer debe ser tratada ni considerada como madre de dicho niño”<sup>24</sup>. La aplicación de esta interpretación sobre la maternidad legal, beneficiaba ampliamente a la madre subrogada, pues es esta la que gesta al bebé.

Sin embargo, tales criterios legales, que daban preponderancia a la madre subrogada sobre la madre contratante fueron evolucionando, hasta el punto de cambiar abruptamente, a causa de las diversas críticas. Así los juristas británicos, propusieron adoptar una postura respecto a la determinación de la maternidad legal, semejante a la establecida en el estado de California, Estados Unidos de Norteamérica, por la cual se considera a los padres genéticos, como padres legales, criterio que serviría a una Corte para resolver casos en que la madre subrogada, se niegue a entregar al niño subrogado.

La corte inglesa, con el objeto de permitir que desde el nacimiento de un niño, este fuere reconocido como hijo legal de sus padres genéticos (es decir de la pareja contratante), sin necesidad de acudir a la institución de la adopción, resolvió efectuar una enmienda legal bajo la cual se establece que todo niño subrogado debe tratarse como hijo de las partes en matrimonio (pareja contratante). Como resultado de tal enmienda legislativa, resulta dos elementos sine qua non para que pueda perfeccionarse este tipo de subrogación en Inglaterra:

- a. El niño subrogado es gestado por una mujer distinta a su madre genética (madre legal o contratante) la cual no es parte del matrimonio contratante, llamada madre subrogada (madre sustituta o por encargo). De esta manera se coloca en la madre subrogada un embrión (óvulo fecundado por espermatozoides, ambos materiales genéticos aportados por los padres contratantes) previamente fecundado, para que ella realice el proceso de gestación del bebé subrogado hasta el alumbramiento de este.
- b. El material genético, con el cual se insemina a la madre subrogada, es aportado necesariamente por el hombre o la mujer contratante o por ambos.

Sin embargo a través de un acuerdo en materia de arreglos de subrogación, en 1985, Inglaterra prohibió los contratos de subrogación y cualquier otro tipo de acuerdos sobre

---

<sup>24</sup> Leonseguí Guillot, Rosa Adela. **La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo**. Pág. 314.



la práctica de la maternidad subrogada de carácter comercial, imponiendo sanciones penales a aquellas personas que participaran en cualquier forma dentro de dicho procedimiento. La idea principal del acuerdo era prevenir la subrogación como un negocio mercantil. Posteriormente, en 1990 mediante un acuerdo sobre fertilización humana y embriología, la prohibición sobre subrogación comercial se amplió, pues el parlamento inglés, reformó el acuerdo de 1985, ampliando la prohibición de la práctica de la subrogación en cualquiera de sus modalidades (onerosa y gratuita o altruista).

### **3.2.5. México**

La legislación mexicana sobre el tema de subrogación, es de suma importancia para la presente investigación, debido a la cercanía geográfica, la vinculación histórica a y las características sociales, económicas, morales y culturales que Guatemala comparte con dicho país, resulta importante, analizar detenidamente, la manera en cómo se ha legislado en el aquél país. En el año 2010, se aprobó en el pleno de la asamblea legislativa del Distrito Federal la Ley de Maternidad Subrogada, vigente a partir del uno de enero de 2011.

Como resultado del dictamen de las comisiones unidas de salud y asistencia social y de equidad y género, sobre la iniciativa que pretendía expedir la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, se modificó el proyecto, así la ley en referencia se rectificó, no solo acepta y permite la práctica de la maternidad subrogada, sino que además establece una serie de parámetros y normas de obligatoria observancia para la realización del proceso de subrogación, entre los cuales se pueden mencionar los siguientes:

a. Los padres biológicos (contratantes) así como la mujer que resulte ser la madre subrogada dentro del proceso, deben acudir ante la secretaría de salud para manifestar a viva voz, su voluntad plena y su libre intención de realizar el proceso de subrogación.

Posterior a dicha declaración la secretaría debe realizar una valoración de las declaraciones y de la situación, emitiendo un dictamen razonado, si es pertinente expedirá una constancia la cual será documento suficiente para que al ser presentado ante notario público, este proceda a faccionar el contrato de subrogación, dentro del



cual a través del clausulado respectivo, deberá incluir todos los requisitos que se establecen en la Ley de subrogación del Distrito Federal de México.

**b.** En el contrato de subrogación, debe establecerse principalmente lo siguiente:

Los padres biológicos (contratantes) deben garantizar que se harán cargo de los gastos médicos que genera la subrogación durante el proceso y hasta la recuperación de la mujer gestante, independientemente de sí se culmina exitosamente o no la gestación (esto en caso de que el bebé subrogado, sufra dificultades que interrumpen su vida). También debe establecerse la contraprestación, que consiste en que la madre subrogada se compromete a entregar al bebé recién nacido producto de la subrogación inmediatamente después del alumbramiento a sus padres genéticos. La legislación mexicana también contempla el derecho que tiene la madre subrogada a interrumpir el embarazo, sin embargo, dicho presupuesto, es incompatible con la legislación guatemalteca, pues como se explicó anteriormente, el aborto, es considerado delito.

**c.** Requisitos con los que debe cumplir una candidata a ser madre subrogada:

- Acreditar que la madre subrogada no haya estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones,
- Que la madre subrogada no ha participado en más de dos ocasiones en el tratamiento de la implantación de embriones o en un proceso asistido de subrogación,
- Que la intervención de la madre subrogada se suscita de forma libre y sin fines de lucro,
- Que la madre subrogada informe a su esposo o conviviente de hecho (si fuere el caso) su intención de participar activamente en proceso de subrogación.

**d.** Derechos de la madre subrogada:

- La madre subrogada puede demandar civilmente a la pareja contratante el pago de gastos médicos en los que aquella incurra en caso de sufrir patologías que resulten de una inadecuada atención y control médico prenatal y posnatal. Para poder realizar dicha acción es requisito sine qua non, que la madre subrogada cuente con una certificación médica extendida por la secretaria de salud, que certifique los daños sufridos como resultado del proceso de la subrogación.





Así mismo cuando la madre subrogada pretenda obtener un beneficio económico a través de la divulgación pública de información que dañe la imagen pública de los padres genéticos (contratantes) o de los niños subrogados o incluso cuando no cumpla con lo manifestado en el contrato de subrogación, la madre subrogada podrá ser sancionada por daños civiles.

e. Quiénes pueden optar a convertirse en padres mediante el método asistido de la maternidad subrogada:

- La referida ley regula el caso de la inseminación in vitro, a través de la cual la pareja contratante es la que de forma exclusiva aporta el material genético (óvulo y espermatozoides) para que la madre subrogada únicamente preste su vientre y llevar a cabo el proceso de gestación del bebé. Es así que de conformidad con los Artículos 2 y 3, fracciones V, VIII y X de tal ley, la opción del uso de la técnica asistida de la maternidad subrogada está exclusivamente limitado a aquellas parejas heterosexuales, unidas legalmente a través del matrimonio o unión de hecho, e incluso es viable su uso para aquellas parejas que vivan en concubinato, siempre y cuando estas sean heterosexuales.

En el mismo sentido la ley, en su Artículo 1, define a la maternidad subrogada como "la practica medica consisten en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su material genético"

- Contempla además la posibilidad de que mujeres solteras, puedan optar al uso del método asistido de la subrogación para convertirse en madres, sin embargo, al respecto de este tema, existen diversas antinomias legales, pues por una parte la ley obliga al padre (que se supone debe ser el donador de espermatozoides) a asumir el estatus de padre con todos los derechos y obligaciones que el mismo conlleva. Sin embargo, el Artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal establece que "la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida". Por lo cual la ley no deja en claro, que sucede en el caso de una mujer que vaya a ser madre soltera que opta por la subrogación



respecto del donador que interviene en la subrogación y su estatus legal en cuanto a la filiación con el bebé.

Importante es reconocer que México siendo cercano y homologa a la situación social, económica, cultural, política, médica, tecnológica, etc. de Guatemala, ya cuenta con una ley que regula la institución y práctica de la maternidad subrogada, la que aporta un alto valor doctrinario y de derecho comparado pues se encarga de establecer lineamientos básicos para la regulación de la práctica de la subrogación. Los legisladores mexicanos cuidaron su redacción evitando lagunas legales y contradicciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y aunque este cuerpo normativo posee ciertas antinomias, es innegable el avance legislativo que representa.

### **3.3. Procedimiento común de una maternidad subrogada en el mundo**

Como resultado del análisis de las diversas legislaciones estudiadas de forma somera, es pertinente el establecer los puntos comunes entre estas. La autora considera que es posible proponer un procedimiento común de subrogación a nivel mundial:

- a. La pareja contratante (casada o unida de hecho) toma la decisión de someterse al proceso de subrogación debido a su imposibilidad médica de procrear, para lo cual acuden a un centro especializado y autorizado (sea público o privado) el cual debe brindar asesoría y consejería a la pareja contratante y a la madre subrogada.
- b. Debe existir una mujer, llamada madre subrogada, que libre y voluntariamente este dispuesta a ser inseminada con el embrión proveniente de la pareja contratante y a gestar al bebé durante todo el proceso de gestación hasta el alumbramiento.
- c. La clínica autoriza solicita toda la documentación con la que la pareja cuente sobre el problema de infertilidad de uno o de ambos (diagnósticos y pruebas médicas específicas, análisis, ecografías, seminograma, etc.) El médico encargado del caso, debe establecer si la pareja realmente necesita el proceso de subrogación y posteriormente a la autorización médica, se debe someter a la pareja contratante, a entrevistas y sesiones psicológicas para determinar si mental, moral y psicológicamente



están preparados para sobrellevar el proceso de subrogación y sus consecuencias mediatas e inmediatas.

**d.** Un psicólogo autorizado por el centro clínico debe emitir un dictamen dando el visto bueno sobre la calificación de que la pareja contratante es apta para realizar el procedimiento. Posteriormente, el centro entrega el contrato de subrogación a la pareja para que esta la firme, en dicho contrato se especificaran los derechos y obligaciones de la pareja contratante como de la madre subrogada, así mismo se deben establecer los honorarios a cancelar en concepto de asesoría y consejería, así como la intervención de profesionales de la medicina en el proceso de subrogación.

**e.** Concretado el contrato, el centro de salud autorizado, debe proceder a ubicar (en una base de datos previamente autorizada y verificada legalmente) a una posible candidata para ser la madre subrogada, puede darse el caso de que la pareja contratante acuda al centro de salud junto con la madre subrogada que estos han elegido previamente. En el primer caso, el centro de salud, remite a la pareja contratante un cuestionario a través del cual se busca establecer un mínimo de similitud de criterios entre aquella y la posible madre subrogada, al respecto del proceso de subrogación (tales aspectos abarcan lo relativo a las relaciones entre la madre subrogada y la pareja contratante y el bebé subrogado tanto antes, durante y después del alumbramiento, posibilidad de embarazo múltiple, etc.)

**f.** El centro de salud debe facilitar la contratación de abogados que representen a la pareja contratante, los cuales se deben encargar de gestionar el proceso de subrogación en el ámbito legal. Los abogados, deben de redactar el contrato de subrogación entre la pareja contratante y la madre subrogada, así mismo, realizan todas las gestiones legales necesarias, para que al momento del nacimiento el juez competente, ordene la inscripción del bebé como hijo biológico de la pareja contratante, levantado la partida de nacimiento de aquel en el registro de nacimientos, respectivo.

**g.** Acordado, firmado y registrado el contrato de subrogación (debe existir un registro específico, donde se inscriban los contratos de esta naturaleza para el control de su cumplimiento sea voluntario o judicialmente) puede iniciarse el proceso de subrogación.



## CAPÍTULO IV

### **4. La maternidad subrogada dentro del ordenamiento guatemalteco**

#### **4.1. Consideraciones preliminares**

Uno de los objetivos principales de la presente tesis desde el primer capítulo de la misma, ha sido establecer de forma clara, precisa y concisa en qué consiste la institución de la maternidad subrogada. En este apartado, interesa establecer el lugar que ha de ocupar dicha institución dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco y proponer de forma preliminar la estructura jurídica que dicha institución necesitaría para su funcionamiento, validez y para la inserción formal del contrato de subrogación en el derecho civil guatemalteco, particularmente en lo que atañe al derecho de familia, redarguyendo de validez y coercitividad a dicho contrato.

Dicha inserción se fundamenta, en la constante utilización y popularidad en aumento de ese método dentro de la práctica social así como en las opiniones favorables de la mayoría de genetistas al respecto del uso de la subrogación y finalmente con fundamento en las legislaciones internacionales, que evidencian cómo en países vecinos la subrogación ya es parte del derecho vigente y positivo de esas sociedades.

De tal cuenta, se ha vislumbrado en los últimos años el aumento de la práctica de la subrogación en la vida cotidiana de las diversas organizaciones sociales alrededor del mundo, incluyendo a la sociedad guatemalteca. Sin embargo, la falta de regulación en muchos países, dentro de los que se incluye Guatemala, ha provocado conflictos y problemáticas de orden moral, social y principalmente legal, lo que hace evidente la necesidad de creación de un cuerpo normativo que reconozca la institución de la maternidad subrogada y regule su práctica, para que de este modo dicha institución sea incorporada al derecho de familia guatemalteco a través de su regulación dentro del Código Civil.

#### **4.2. El contrato de subrogación como negocio jurídico**

Primeramente, debe entenderse que la forma jurídica de perfeccionar el método asistido de procreación de la maternidad subrogada, es a través de un contrato



formalizado mediante escritura pública. Al respecto es atinado establecer que **si bien es cierto**, la formalización de la subrogación se da en forma de negocio jurídico, **en ningún momento se está negociando con la vida del bebé por nacer**, pues aunque el nacimiento del bebé sea el objeto principal de la subrogación, no se negocian cantidades dinerarias como un precio a cambio de un bien, en todo caso, como ya se expuso anteriormente, la subrogación por la que se aboga en la presente tesis, es la de carácter altruista o gratuita, donde se apoya económicamente a la madre subrogada, solo en el sentido de fortalecer su salud y bienestar antes, durante y después del embarazo.

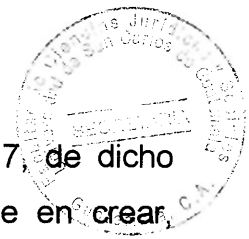
Cabe recordar que el objeto de la subrogación es permitir que una pareja legalmente casada o unida de hecho que tengan una limitación o impedimento para procrear de forma convencional, puedan hacerlo a través de este método.

De tal cuenta debe entenderse, qué es el negocio jurídico. A criterio de la autora, este puede ser entendido como **aquella declaración de voluntad que hace el hombre de manera espontánea, libre y voluntaria, que puede ser unilateral o bilateral, por la cual crea, modifica o extingue derechos y obligaciones**. Asimismo define el contrato como **el vínculo jurídico entre dos o más personas por el cual estas crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones a través de una prestación de dar, hacer o no hacer**.

Desde el punto de vista doctrinario, se encuentran diversas definiciones al respecto, la autora ha considerado que para fines de la presente tesis conviene citar una de ellas en particular que establece que un contrato puede definirse como “un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato es un tipo de acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado a crear derechos y generar obligaciones. Se rige por el principio de autonomía de la voluntad, según el cual, puede contratarse sobre cualquier materia no prohibida. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes”<sup>25</sup> En concordancia con la doctrina, el Código Civil guatemalteco regula lo referente al

---

<sup>25</sup> Álzate Monroy, Patricia, **La maternidad subrogada**. Pág. 56.



contrato, en el mismo sentido, pues de conformidad con el Artículo 1517, de dicho cuerpo normativo “Hay contrato cuando dos o más personas conviene en crear, modificar o extinguir una obligación”

De lo anteriormente expuesto, resulta que la figura del contrato de subrogación es compatible con la legislación en materia contractual guatemalteca, sin embargo, por su naturaleza este tipo de contrato podría ser considerado atípico o especial, ya que sería el instrumento legal a través del cual una pareja infértil legalmente unida y una mujer denominada madre subrogada, perfeccionarían la práctica de la maternidad subrogada, garantizando a través del clausulado de tal instrumento, los resultados de dicho proceso y la fiscalización por parte del Estado a través de las instituciones facultadas para el caso.

Al darle forma legal a este método se asegura la legalidad del proceso, así como la protección de los derechos de los sujetos participantes y principalmente la vida y derechos del bebé subrogado.

La incorporación de tal instrumento a la legislación guatemalteca tiene detractores los cuales se fundamentan en que el objeto es ilícito, estableciendo que la vida de un ser humano no es susceptible de negociación, argumento que fácilmente puede invalidarse, a través de diversos factores positivos que conllevan el proceso de subrogación, los cuales ya fueron objeto de la presente investigación en capítulos anteriores, argumentos válidos, que permiten establecer que no solo no se negocia la vida, sino que se fomenta la responsabilidad que conlleva el adquirir el estatus de madre y padre legal de un bebé subrogado para la pareja contratante. Años atrás podría haber parecido incoherente establecer un contrato para programar la procreación de una nueva vida humana, sin embargo ese tabú quedó en el pasado, pues la corriente moderna en el campo de la medicina, la tecnología y el derecho, establecen que existen nuevos métodos de procreación, que no solo son seguros y efectivos, sino que también son una solución a los padecimientos médicos, genéticos y limitantes físicas de los seres humanos en cuanto a la procreación, las cuales actualmente se están utilizando efectiva y satisfactoriamente en la sociedad, por lo cual el derecho debe responder y evolucionar acorde a las necesidades sociales actuales de los individuos a los que busca regir.



#### 4.2.1. Características del contrato

De la anterior exposición, se puede establecer que el contrato de subrogación tendrá las siguientes características: bilateral, oneroso o gratuito, principal, consensual, conmutativo, de tracto sucesivo y solemne. A continuación se desarrollan brevemente dichas características.

- **Bilateral:** Debido a que las partes contratantes se obligan recíprocamente al cumplimiento de determinada obligación.
- **Oneroso o gratuito:** Debido a que, en caso de ser oneroso, representa la obligación de una o ambas de las partes en cumplir con una determinada prestación, en la subrogación, la onerosidad consistiría en que la madre subrogada, recibiría un aporte dinerario; será gratuito, si la madre subrogada realiza la subrogación de forma gratuita.
- **Principal:** Por cuanto subsiste por sí mismo, sin depender de otro contrato para su existencia.
- **Conmutativo:** En cuanto se conoce previamente el objeto del contrato así como las prestaciones recíprocas que se darán entre las partes y dichas prestaciones son equivalentes entre las partes.
- **De tracto sucesivo:** Debido a que genera prestaciones de cumplimiento intermitente o continuo, pues la naturaleza de la prestación hace imposible su cumplimiento inmediato. Así en el contrato de subrogación no se habla de resolución de contrato si no de terminación de contrato.
- **Solemne:** En virtud de que para su validez es requisito sine qua non que sea suscrito mediante escritura pública.

#### 4.2.2. Formalidades y clausula esencial

##### Formalidades

El contrato de subrogación para su plena validez ha de faccionarse a través de escritura pública, siendo necesaria para su elaboración y celebración la intervención de un notario, quien deberá incluir en el clausulado del contrato de subrogación un mínimo de requisitos esenciales para la legalidad de la subrogación. Entre estos requisitos esenciales, están:



- Establecer la gratuidad de la subrogación, como elemento esencial para su validez,
- El contrato quedará sin efecto si por algún motivo ajeno a la voluntad de las partes el proceso gestacional se interrumpe o si el bebé subrogado naciera sin vida.
- Establecer los derechos y obligaciones de ambas partes, como el pago de los cuidados pre y post natales que la pareja contratante debe acarrear, así como la obligación de la madre subrogada de someterse a cuidados especiales y evitar poner en peligro de cualquier forma su vida e integridad durante el proceso de gestación.
- La determinación de si la madre subrogada se relacionará con el bebé subrogado luego del nacimiento de este o si será ajena al desarrollo y vida del niño.

#### 4.2.3. Requisitos del contrato de subrogación

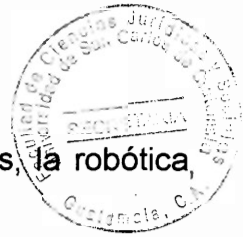
Los elementos esenciales para la validez y existencia de un negocio jurídico y por ende de un contrato, de conformidad con el Código Civil guatemalteco son tres: **1.** Objeto lícito. **2.** Capacidad legal. **3.** Consentimiento que no adolezca de vicios

Sobre este aspecto el Código Civil guatemalteco en su Artículo 1251: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”

- **Objeto lícito.** El objeto del contrato debe ser lícito, es decir que no debe oponerse a las leyes, a la moral o al orden público. Particularmente sobre el contrato de subrogación, existen diversos derechos fundamentales que apoyan moral y jurídicamente su licitud, así mismo se fundamenta tal contrato en el derecho constitucional de la libertad de hacer todo aquello que no esté prohibido.

Es de considerar que se puede establecer plenamente cuándo un contrato es contrario a la ley, sin embargo, al tratarse de establecer cuándo un contrato es contrario a la moral o al orden público, esto resulta sumamente difícil, pues ambos términos son altamente subjetivos, por lo cual considerar la invalidez del contrato de subrogación por motivos morales o por ser contrario al orden público, es un criterio subjetivo y desprovisto de validez, pues en ese caso, habría que consultar a cada ciudadano, para poder establecer si se considera o no inmoral, no solo la subrogación, sino también sobre la moralidad de instituciones y prácticas comunes médicas y sociales tales como





la adopción, el concubinato, la fecundación in vitro, las cirugías plásticas, la robótica, etc.

- **Capacidad legal.** Ambas partes contratantes deben tener capacidad legal de ejercicio para contratar, es decir deben tener la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. De conformidad con el Código Civil guatemalteco, las personas adquieren tal capacidad, al cumplir dieciocho años de edad, por lo cual las personas que deseen realizar un proceso de subrogación deberán ser mayores de dieciocho años de edad.

- **Consentimiento que no adolezca de vicios.** Es imperativo que para la validez del contrato de subrogación, exista por ambas partes voluntad racional, libre y consciente de someterse a las implicaciones que conlleva la subrogación; tanto de la madre subrogada, en cuanto prestará su cuerpo para que en ella sea implantado un embrión fecundado y lleve a cabo el período de gestación de dicho embrión hasta el alumbramiento; por parte de la pareja subrogada, la responsabilidad de cubrir los gastos médicos y de alimentación en que se incurra antes, durante y después del proceso de gestación de la madre subrogada, para posteriormente, hacerse cargo como padres legales, del bebé subrogado.

De lo anterior, se debe reiterar que la presente tesis tiene por objeto el impulsar la regulación de la institución de la maternidad subrogada altruista o gratuita, pues a consideración de la autora, regular y permitir la subrogación onerosa, sería contrario al ordenamiento jurídico guatemalteco, corrompiendo el espíritu de la institución comercializando con la vida humana, acto incompatible con el derecho moderno.

#### **4.3. Elementos que deben de concurrir**

##### **4.3.1. Esenciales**

El objeto lícito, la capacidad legal y consentimiento que no adolezca de vicio. También lo son los elementos subjetivos (personal médico, pareja contratante, madre subrogada y donadores si fuera el caso); y objetivos (la determinación clara del objetivo de dar vida a un nuevo ser humano, del cual serán sus padres legales e incluso biológicos, la



pareja contratante); la necesidad de la subrogación gratuita (altruista) y su formalización a través de escritura pública para su validez.

#### **4.3.2. Formales**

Por la naturaleza de la institución y sus consecuencias jurídicas y sociales es necesario que este se formalice a través de escritura pública para su validez y brindar seguridad jurídica a ambas partes de que dicho documento es considerado como plena prueba ante cualquier eventualidad o litigio que pudiere llegar a existir.

#### **4.3.3. Accesorios o accidentales**

Estos aunque no sean indispensable dentro del contrato de subrogación, pueden llegar a existir para establecer condiciones especiales, por ejemplo: el lugar donde residirá la madre subrogada durante el proceso gestacional, el centro médico en el cual se realizará el procedimiento de subrogación y el momento en que la madre subrogada entregará al bebé a sus padres legales, etc.

#### **4.4 Viabilidad del contrato de subrogación en el derecho guatemalteco**

Para determinar la viabilidad del contrato de subrogación dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco se debe analizar dicha figura en concordancia con lo establecido en la Constitución Política de la República y el Código Civil específicamente en el derecho de obligaciones.

##### **a. La subrogación frente a la Constitución Política de la República de Guatemala.**

La Constitución como base fundamental de todo el ordenamiento jurídico guatemalteco, establece el proceso de creación de la ley así mismo establece principios, garantías y derechos constitucionales que la legislación ordinaria no puede contradecir y en caso de contradicción con la carta magna la norma ordinaria será considerada nula ipso jure.

En este sentido la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 175 establece: "Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure. Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma,



el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad”

De esta regla general de supremacía, se exceptúan los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala, pero únicamente en materia de derechos humanos, los cuales tienen preeminencia sobre el derecho interno guatemalteco, tal como lo establece el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno” al respecto la Corte de Constitucionalidad ha establecido:

“...esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto. En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino -en consonancia con el Artículo 2. de la Convención- por la del primer párrafo del 44 constitucional...El Artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el



refrendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución. (Artículos 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204, 277, 278, 279, 280 y 281 de la Constitución Política) Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el Artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga...<sup>26</sup>

De lo anteriormente expuesto, se establece que la legislación guatemalteca actualmente depende para su validez de su concordancia con la norma suprema, así en cuanto a la maternidad subrogada, ha de analizarse si en algún ámbito dicha institución contraviene los preceptos constitucionales, pues de ser así, no debe existir una propuesta de legislación, ya que si se legislará respecto al tema, tal legislación sería redargüida de nulidad y declarada inconstitucional e inoperante por contravenir lo establecido por la Constitución Política de la República de Guatemala. La presente tesis tiene como finalidad realizar una propuesta coherente y fundamentada de la necesidad y viabilidad social, jurídica y legal de la inclusión de la subrogación dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, pues luego de un exhaustivo análisis comparativo, se ha concluido que no existe contradicciones entre los principios que rigen a la maternidad subrogada y los que rigen a la Constitución Política de la República de Guatemala que puedan hacer creer que una legislación especial sobre la subrogación, sea contrario a los preceptos constitucionales y por tal motivo sea redargüida de inconstitucionalidad e inoperancia. Para lo cual se fundamenta tal criterio en los siguientes puntos:

- **La subrogación no violenta el principio de libertad.**

El Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que es deber del Estado proteger la libertad de las personas, así mismo se derivan diversos Artículos de la Constitución que desarrollan el principio de libertad, tales como:

<sup>26</sup> Gaceta No. 18, expediente No. 280-90. Pág. No. 99, sentencia: 19-10-90.



El Artículo 5 el cual establece “Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma”

Los anteriores Artículos garantizan la libertad de la persona en cuanto a lo que decida hacer o no, en concomitancia con los mismos el Artículo 17 establece “No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración” Así se enlazan la libertad de acción que poseen todas las personas con el principio de legalidad, que limita en determinados casos esa libertad de acción de aquéllas, en cuanto lesionen bienes jurídicos tutelados por la legislación guatemalteca, siendo que la maternidad subrogada no lesiona ninguno de estos, la misma no puede ser prohibida a los individuos.

- **La subrogación como derecho inherente a la persona humana**

El Artículo 44 de la Constitución establece “Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”

Este Artículo establece que se garantizan tanto los derechos contenidos en la Constitución así como aquellos que aún no se encuentren expresamente regulados dentro de ella, de tal cuenta, lograr la procreación de hijos y por ende la realización de una familia como parte del desarrollo integral de la persona, deben ser considerados derechos inherente al ser humano; la familia inicia con el matrimonio, del cual uno de los fines principales es la procreación, educación y alimentación de los hijos. Así la maternidad subrogada es un medio alternativo para lograr estos fines, desde esta perspectiva, resulta que la maternidad subrogada debe ser considerada un derecho inherente al ser humano, por ser un mecanismo o método que surge en la actualidad



como resultado de los avances en la ciencia, la tecnología y la medicina que coadyuva a la realización de derechos humanos plenamente reconocidos y protegidos por la Constitución Política de la República de Guatemala.

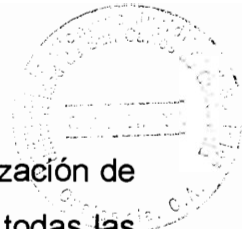
### **La subrogación como parte del derecho de familia**

El Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece “Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”

Así mismo el Artículo 52 del mismo cuerpo normativo, establece “Maternidad. La maternidad tiene la protección del Estado, el que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven”

De los Artículos constitucionales anteriormente citados, resulta la existencia de fundamento legal constitucional que ampare la viabilidad de la incorporación de la institución y práctica de la maternidad subrogada a la legislación guatemalteca. De conformidad con dichos Artículos también surgen varios principios constitucionales sobre la protección a la libertad de decisión sobre el método de reproducción que las personas deseen utilizar para la procreación. Así tiene su origen **principio de libertad reproductiva**, el cual fundamenta el uso de los diversos métodos alternativos de procreación, entre los que se encuentra la subrogación como parte de los derechos humanos.

Del análisis sobre el articulado constitucional que por su contenido tiene una vinculación directa con la determinación de la viabilidad de la incorporación de la subrogación a la legislación guatemalteca, se puede establecer que dicha normativa, contrario a vedar la subrogación, fundamenta la práctica y el reconocimiento de la misma como un derecho humano. Se puede afirmar que la subrogación no es contraria a la Constitución Política de la República de Guatemala, y se ha demostrado plenamente la viabilidad de su incorporación al ordenamiento jurídico guatemalteco para el establecimiento de su validez, reconocimiento y regulación.



Por lo anterior, es necesario que el Estado establezca un protocolo para realización de dicha práctica, con el objeto de resguardar la vida, integridad y seguridad de todas las personas involucradas en la subrogación, principalmente las del niño subrogado.

La necesidad de una regulación legal de dicho procedimiento, radica en evitar prácticas irresponsables, antiéticas, anómalas e incluso ilegales durante el proceso de la subrogación, así mismo en facilitar la determinación de los derechos y obligaciones que recaen en cada uno de los sujetos actores dentro de la subrogación, pero el principal objeto de la regulación sobre la subrogación, radica en garantizar todos aquellos derechos inherentes al bebé subrogado, garantizando así su derecho a la vida, a la salud, a la seguridad, a una familia, entre otros.

#### **b. La maternidad subrogada frente al Código Civil: derecho de obligaciones**

Procede ahora, analizar la validez y naturaleza del contrato de subrogación frente a la legislación civil específicamente lo que concierne al derecho de obligaciones, ya que es necesario que el contrato de subrogación no sea contrario a la normativa respecto de la contratación y que además se ajuste a la misma para su validez en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

- **La subrogación como negocio jurídico**

El término negocio jurídico y su dogmática se fundamenta en la teoría pandectista alemana, en su intento de sistematización de la ciencia jurídica para facilitar la solución de conflictos en los que la autonomía de la voluntad era preponderante.

Sin embargo, fue la doctrina contemporánea la que desarrolló la teoría del negocio jurídico a través del Código Civil alemán de 1900, así dicha doctrina en concordancia con los pandectistas alemanes, establece que el negocio jurídico es una declaración de voluntad orientada a conseguir una finalidad práctica lícita amparada por el ordenamiento legal.

Actualmente, el negocio jurídico ha evolucionado tanto en su concepto, como en su ámbito teórico, dogmático y práctico, se debe recordar la definición sobre negocio jurídico que ya se expuso anteriormente en la presente investigación, el cual se definió



como aquella declaración de voluntad que hace el hombre de manera espontánea, libre y voluntaria, que puede ser unilateral o bilateral, por la cual crea, modifica o extingue derechos y obligaciones. Teniendo en claro el concepto de negocio jurídico, se debe analizar la legislación relativa al negocio jurídico, la cual se encuentra establecida dentro del libro V del Código Civil guatemalteco en su primera parte, denominada “de las obligaciones en general”, de dicha legislación se procede a transcribir los Artículos que tienen una directa relación con el establecimiento de la posibilidad de incorporar el contrato de subrogación a la legislación guatemalteca:

Artículo 1251 “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio<sup>532</sup> y objeto lícito”

Artículo 1252 “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley en los casos en que ésta lo disponga expresamente”

De los Artículos anteriormente expuestos, resulta que el negocio jurídico para su validez requiere la existencia de tres elementos esenciales a saber: **1. Objeto lícito. 2. Capacidad legal. 3. Consentimiento que no adolezca de vicio.** Además de estos elementos el consentimiento debe ser expreso o tácito para su validez, en cuanto a la subrogación se considera que dicho consentimiento debe darse de forma expresa. No se procederá a analizar cada elemento señalado, pues el mismo, ya se hizo anteriormente dentro de la presente investigación. Procede ahora, analizar de forma específica el elemento subjetivo, es decir, los sujetos que intervienen dentro de la maternidad subrogada, los cuales son:

- **La pareja contratante.** La cual estará compuesta por un pareja heterosexual unida legalmente a través de la institución social del matrimonio o de la unión de hecho declarada, que padezcan ya sea ambos o solamente uno de los cónyuges o unidos de hecho, de problemas relacionados a la infertilidad o esterilidad médicamente comprobables.
- **Madre subrogada.** Que es la mujer que se presta para ser inseminada con un gameto previamente fecundado, proveniente o no de la pareja contratante y que realizará el proceso de gestación subrogada, hasta el nacimiento del bebé subrogado.



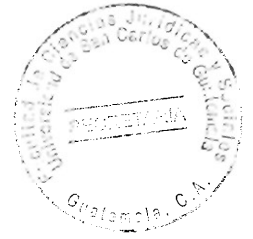


Dicha mujer debe ser mayor de edad y encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles.

De lo anterior se establece que ambos sujetos dentro de la subrogación cuentan con la capacidad civil (legal) requerida. Así mismo ambos sujetos deben prestar su consentimiento expreso para la realización de la subrogación, pues es al momento de faccionar el contrato de subrogación que se manifiesta la voluntad de los contratantes a través del acto de plasmar su firma en dicho contrato.

Con los argumentos vertidos en este capítulo y como resultado de un análisis exhaustivo e integral de la legislación guatemalteca, se ha comprobado plenamente que no existe impedimento alguno para que se pueda dar la efectiva incorporación y reconocimiento de la maternidad subrogada dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

## CAPÍTULO V



### 5. Propuesta de incorporar la subrogación al derecho guatemalteco

#### 5.1. Posible ámbito jurídico de ubicación de la maternidad subrogada

Como con toda institución que se proponga incorporar a un determinado ordenamiento jurídico, debe establecerse en qué área o rama jurídica corresponde ubicar a dicha institución, esto no solo con el objeto de determinar su naturaleza, sino también para establecer los sujetos que intervendrán, los derechos y obligaciones que resultan de tal institución así como las consecuencias jurídicas de la práctica de la misma. Por lo anterior, resulta la necesidad de pronunciarse respecto al ámbito legal dentro del cual se debe incorporar a la institución de la maternidad subrogada.

Sin embargo previo a establecer la posible ubicación de la subrogación dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, es necesario conocer la forma en cómo se ha ido ramificando el derecho y los criterios que se utilizan para determinar el lugar en el derecho de instituciones que actualmente forman parte de la legislación guatemalteca.

Para fines de la presente tesis, la autora considera conveniente indicar qué es el derecho objetivo y el derecho subjetivo, el primero se puede definir como el conjunto de normas legalmente establecidas por un órgano facultado para ello, que confieren derechos y obligaciones. Y el segundo, como la facultad de ejercer o no determinada conducta, proveniente del derecho objetivo.

La división tradicional del derecho objetivo ha sido: derecho público, derecho privado y derecho social. El primero regula el ámbito de la nación y el ciudadano; el segundo regula las relaciones entre particulares que son relevantes al derecho y el derecho social, en el que convergen tanto aspectos de derecho público como de derecho privado, teniendo preponderancia el primero, donde el Estado controla su aplicación.

Dentro del derecho privado se encuentra el derecho civil guatemalteco, el cual se va ampliando y modificando con la incorporación de nuevos conceptos, especialmente en cuanto al derecho de familia, pues este particular derecho se va ampliando en concordancia con las necesidades de la sociedad.



Es obligación del derecho actualizarse, evolucionar y adaptarse para satisfacer las necesidades de la sociedad que busca regular, así la institución de la maternidad subrogada, por no ser una institución que tenga una historia jurídica proveniente del derecho romano, pero aún así socialmente relevante, es una práctica que ha ido apareciendo con el desarrollo científico del ser humano motivo por el cual el derecho debe considerar su incorporación, se debe recordar que los hechos sociales son fuente del derecho. La determinación de la ubicación de la maternidad subrogada, dependerá del país en el cual se busque su reconocimiento legal, así como de la apertura y evolución legislativa que posea un Estado en específico.

La maternidad subrogada debe ser ubicada dentro del derecho privado, específicamente dentro del derecho civil y de familia, esto debido a que dentro de esta institución convergen relaciones familiares (paterno y materno filiales) y tomando en cuenta la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad que la institución contiene.

## **5.2. Deberes y derechos que nacerían de la maternidad subrogada**

### **5.2.1. De los donadores de gametos**

Cabe recordar que por donador, debe entenderse a aquella persona que brinda de forma gratuita su material genético, para la realización de un proceso de fecundación mediante la subrogación. Si la donación de gametos es realizada por los padres contratantes, dicha donación no implica mayores obligaciones pues estos tienen el pleno conocimiento del fin último que es la subrogación. En cambio si los donadores son terceros involucrados en la subrogación, la donación ha de ser confidencial, renunciando a todo derecho que pudieran tener sobre el bebé por nacer.

### **5.2.2. De los usuarios**

Por usuarios debe entenderse a la pareja contratante, es decir aquella pareja unida legalmente a través de matrimonio o unión de hecho, que solicitan se realice un proceso de reproducción asistida de subrogación maternal, con el fin de convertirse en padres legales del niño subrogado resultado de tal procedimiento.



En atención a las legislaciones internacionales que ya cuentan con una legislación especial que regula lo relativo a la maternidad subrogada, se establece que como obligación principal, la pareja contratante cumpla con una serie de requisitos y exámenes para ser considerados candidatos a la subrogación.

Para dar inicio al proceso de subrogación es necesario que las personas que intervienen, brinden su consentimiento expreso. Sin tal consentimiento expreso, debe estar vedado y penado por la ley correspondiente realizar cualquier acción relacionada con el proceso de subrogación. Según los especialistas es en la subrogación heteróloga, donde se presenta una complejidad mayor, en este caso el consentimiento se vuelve un elemento esencial, pues uno o ambos padres contratantes deberán asumir la paternidad o maternidad de un niño que no tiene vínculo genético alguno con él o ella. Respecto al reconocimiento de la paternidad o maternidad, se considera que debe darse antes de la subrogación y posteriormente al nacimiento del bebé subrogado, al momento de la inscripción de su nacimiento en el registro civil de las personas. Deben establecerse los derechos y obligaciones de la pareja contratante los cuales serían:

- a) Derecho a exigir de la madre subrogada, el cuidado adecuado tanto para su salud como para la salud del bebé en gestación,
- b) La obligación de la pareja contratante de pagar los gastos producidos producto del proceso de subrogación, los generados durante el embarazo y los resultantes del parto,
- c) El derecho a que se les haga la entrega efectiva de su hijo, posteriormente se haya dado el alumbramiento y el reconocimiento legal como padres de éste.

### **5.2.3. De la madre subrogada**

Entre los diversos derechos y obligaciones de la madre subrogada, se pueden establecer los siguientes:

- a) Obligación de no percibir ningún tipo de pago de carácter pecuniario por la prestación del servicio de subrogación, pues como elemento esencial para su validez dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, la presente tesis propone la subrogación gratuita, debiendo penalizar toda acción relativa a lucrar con la subrogación.



b) Derecho a exigir el pago de los gastos médicos en los que se incurra durante el proceso de gestación y luego del alumbramiento hasta estar completamente recuperada, gastos que deberá cubrir la pareja contratante,

c) Obligación de la madre subrogada de cuidar de su salud antes, durante y después del proceso de subrogación, vedándole actos como ingerir bebidas alcohólicas, fumar, consumir sustancias ilegales o medicamentos perjudiciales para su salud y la del bebé por nacer.

#### **5.2.4. De los médicos o centros clínicos**

Sobre este aspecto, el tema del consentimiento versa únicamente en que los médicos especialistas así como el centro médico elegido deberán manifestar su voluntad para la realización del proceso de subrogación, posteriormente a verificar que exista consentimiento expreso de la pareja contratante y la madre subrogada y que se halla llenado un mínimo de requisitos esenciales, entre los cuales está el haber realizado el contrato de subrogación.

La asistencia médica se concreta en este caso a través de un contrato de servicios profesionales, en el cual se establecerá el derecho al pago de honorarios de los especialistas médicos así como su responsabilidad tanto civil como penal, en caso de una mala práctica por negligencia, imprudencia, impericia o bien de forma consciente (dolosa). Así mismo se establecerá la obligación del galeno a realizar el procedimiento de forma diligente para lograr una subrogación exitosa, teniendo el cuidado de salvaguardar la vida y salud tanto de la madre subrogada como del bebé por nacer.

#### **5.2.5. Del niño producto de la subrogación**

Los derechos que asisten al niño que está por nacer son los más importantes a considerar, establecer y salvaguardar. Desde el momento de su concepción el bebé por nacer queda protegido en cuanto a todo aquello que se vincule a sus derechos y beneficios. Por lo que los derechos con los que este cuenta y contará son exactamente los mismos con los que cuenta un bebé concebido de forma ordinaria. Al respecto es importante atender a la determinación de quiénes serán sus padres legales, pues son



estos los encargados de cuidarlo, alimentarlo, educarlo y brindarle todo aquello que necesite para su desarrollo integral; de conformidad con los principios de la subrogación el bebé será hijo legítimo de la pareja contratante, por lo que a dicha pareja corresponde la responsabilidad que conlleva la patria potestad del menor.

### **5.3. Efectos de la incorporación de la maternidad subrogada**

Los efectos de la práctica de la maternidad subrogada y su reconocimiento dentro de la legislación guatemalteca, que se consideran los más importantes son: los efectos registrales, los efectos sobre la nacionalidad, los efectos sobre la determinación de la patria potestad, los efectos sobre la determinación de la filiación y el parentesco y los efectos relativos al derecho de la sucesión hereditaria

#### **5.3.1. Registrales**

Ha existido un debate acerca de si es conveniente que en el registro civil del Registro Nacional de las Personas, existan datos sobre la madre subrogada o de los donadores de gametos dentro de la maternidad subrogada. Si bien es cierto se ha establecido que debe existir cierto grado de confidencialidad en cuanto a los elementos subjetivos de la subrogación, es innegable el derecho que tiene todo ser humano a conocer su origen, por lo que debe existir un registro de tales datos, ya sea a través de registros médicos, notariales o estatales, que cuenten con dicha información. Respecto a que el registro civil del Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala incluya tales datos en la certificación de la partida de nacimiento de un niño subrogado, se considera que violentaría los principios rectores de la subrogación, pues es innecesario hacer de conocimiento público información que únicamente le atañe al individuo producto de una subrogación, sobre la cual debe tener control exclusivo.

#### **5.3.2. De nacionalidad**

Tales efectos, son difíciles de concebir si se percibe a la maternidad subrogada desde el punto de vista estrictamente nacional, sin embargo, puede darse el caso de que una pareja extranjera contrate a una mujer guatemalteca para que funja como madre subrogada o una pareja guatemalteca contrate a una mujer extranjera como madre



subrogada, así mismo puede darse que el alumbramiento suceda en un lugar distinto del lugar en donde se firmo el contrato de subrogación, en estos casos, podrían surgir dudas respecto a la nacionalidad que le correspondería al menor de edad al momento de su nacimiento, por lo que es conveniente que la legislación específica regule lo relativo a la determinación de la nacionalidad del bebé subrogado en caso de duda. Se considera que una posible solución sería determinar que al bebé subrogado le corresponde la nacionalidad de sus padres legales y que si este naciera en país distinto al de sus padres, le corresponderá la nacionalidad de su lugar de nacimiento así como la nacionalidad de sus padres legales. Para lograr dicha determinación conviene recordar los principios del derecho internacional:

**Principio del respeto internacional de los derechos adquiridos.** Del cual derivan el resto de principios, consiste en que todo derecho que haya sido legítimamente adquirido en determinado Estado, deberá ser reconocido en cualquier otro Estado. Carlos Larios Ochoa, explica que existen varias condiciones para aplicar este principio: "a) que se haya adquirido un derecho; b) que dicho derecho haya sido adquirido de conformidad con una ley vigente y c) que el respeto del mismo sea explícitamente invocado por una de las partes o por una de ellas"<sup>27</sup> Así mismo existen varios principios de derecho internacional privado contenidos en la legislación guatemalteca, tales como:

- a. **Lex rei Sitae.** Establece que los bienes muebles o inmuebles se rigen por la ley del lugar donde están ubicados.
- b. **Locus regit actum.** Los actos jurídicos son regidos por la ley del lugar donde estos fueron celebrados.
- c. **Lex fori.** Regula que los procesos y sus incidencias se tramitarán con arreglo a las leyes procesales del lugar donde se intenta la acción judicial.
- d. **Territorialidad de la ley penal.** El Estado tiene la potestad de perseguir penalmente y aplicar penas a los individuos que comentan actos considerados delitos dentro de su territorio.
- e. **Autonomía de la voluntad.** Consiste en que cada parte tiene facultad para someter un asunto a determinada legislación.

---

<sup>27</sup> Larios, Carlos. **Derecho internacional privado.** Pág. 67



### **5.3.3. De patria potestad**

Respecto a establecer a quién corresponde la patria potestad del bebé subrogado, se aboga por el criterio de que se debe legislar a favor del parentesco genético en combinación con el deseo o voluntad inicial de realizar un proceso de maternidad subrogada, tomando siempre como superior el interés del menor de edad.

De conformidad con el estudio de legislaciones internacionales que cuentan con regulación sobre el tema, se establece que han preferido conferir la patria potestad a los padres legales, es decir a la pareja contratante que solicitó se llevará a cabo el procedimiento de subrogación, pues han sido ellos los que han tenido el deseo inicial de realizar la subrogación con el objeto de procrear un hijo propio, siendo conscientes de la responsabilidad que están adquiriendo como padres legales del bebé subrogado. Intencionalidad que no existió en ningún momento ni en la madre subrogada ni en los donadores de gametos.

### **5.3.4. De filiación y parentesco**

Es necesario establecer la relación de parentesco que existirá entre el niño subrogado y sus padres legales, la madre subrogada y los donadores de gametos, si fuera el caso, para que no exista duda, un futuro conflicto o una confusión legal al respecto que pudiere interferir o dañar la vida del niño subrogado. Se considera adecuado establecer que tales relaciones las tendrá el niño subrogado únicamente con sus padres legales, pues son estos quienes tuvieron la iniciativa de realizar la subrogación para lograr el nacimiento del menor, respecto a la madre subrogada únicamente debe existir constancia de quién fue tal mujer, para datos médicos futuros y finalmente respecto a los donadores, no debe establecerse regulación alguna, pues estos en todo caso son anónimos y ninguna relación real y efectiva tienen con el niño subrogado.

### **5.3.5. De sucesión hereditaria**

Es importante recordar que en cualquier regulación en cuanto al derecho a heredar de los hijos subrogados respecto a sus padres legales, no debe establecerse distinción alguna o discriminación entre los hijos procreados de forma convencional y los





subrogados, pues la norma constitucional sobre la igualdad de los hijos es clara e imperativa.

#### **5.4. Consecuencias de la incorporación de la maternidad subrogada**

Conviene ahora atender lo relativo a las consecuencias sociales, religiosas e incluso psicológicas, que conllevaría la práctica de la maternidad subrogada y su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco. Esto debido a que el derecho se caracteriza por ser concomitante a la realidad social y a las necesidades que dicha sociedad presente, las cuales han de ser atendidas por el derecho, para que este sea concordante con la realidad, la moral, la religión y en general con el sentir popular de la sociedad a la que busca regular en su vida diaria

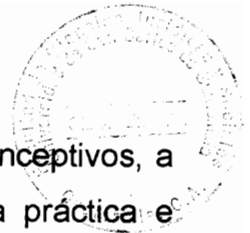
Tales consecuencias dependerán de la óptica personal de cada individuo y de sus intereses personales sean estos económicos, religiosos, morales o psicológicos.

##### **5.4.1. Religiosas**

Como es de conocimiento general, la religión ha estado históricamente vinculada de forma muy poderosa con el poder político de las naciones y en el proceso de la legislación de leyes que buscan regular la vida de la sociedad, motivo por el cual no es de extrañar que aun hoy, este sector de la sociedad con un inmenso poder de presión social, se manifieste al respecto de cada tema que colisione con sus intereses.

En el caso particular de Guatemala y de forma histórica, es la iglesia católica la que ha ejercido mayor presión tanto en el ámbito político como jurídico de la nación, teniendo gran injerencia en las decisiones tomadas referentes a dichos ámbitos, es por ello que se toma como base la opinión que al respecto de la práctica e incorporación de la maternidad subrogada al ordenamiento jurídico guatemalteco ha expresado la iglesia, sin olvidar que existen otros cultos y religiones de gran importancia en Guatemala, pero que con el objeto de establecer de forma somera una opinión religiosa sobre el tema se tomará como base a la iglesia católica, por histórica relación con el poder del Estado.

Del análisis de los discursos religiosos, tanto de la iglesia católica como de las principales religiones practicadas en Guatemala, se establece que se oponen



rotundamente a temas como la planificación familiar, a los métodos anticonceptivos, a las charlas informativas de sexualidad a los estudiantes, peor aún a la práctica e incorporación dentro de la legislación guatemalteca de la institución de la maternidad subrogada, como método alternativo de reproducción asistida, pues consideran a esta última como una degradación al ser humano, siendo la subrogación un acto inhumano, vil y contraria a las leyes de Jesucristo. Se ha de utilizar a manera de ejemplo el país de México, para analizar la manera en como la iglesia católica ha reaccionado respecto de la maternidad subrogada, país donde siendo esta la religión preponderante y considerando que desde el primero de enero de dos mil once, en México ya se encuentra vigente la ley de maternidad subrogada, por lo que resulta un punto de comparación válida, para establecer las consecuencias religiosas que al respecto vivió dicho país.

En su momento la iglesia católica condenó la pretensión de impulsar una ley de maternidad subrogada, aduciendo que la vida de las personas no es una mercancía que pueda ser comerciada, como un objeto mercantil, "la mujer no es una incubadora y su cuerpo no puede ser convertido en una máquina de hacer niños, como si estos fueron el producto final del un proceso contractual y no debe ser un peón de distintos intereses económicos y políticos"<sup>28</sup> La Iglesia católica siempre se ha opuesto a este tipo de prácticas porque de por medio está la vida humana y porque para fecundar el vientre de una mujer, se tiene que realizar toda una serie de procedimientos de fecundación dentro de un laboratorio genético, contrario al origen bíblico de la vida.

Del mismo modo existen innumerables opiniones de sacerdotes católicos, pastores de iglesias evangélicas y líderes de otras religiones y cultos que tienen en común la opinión negativa acerca de la incorporación y práctica de la maternidad subrogada dentro de los ordenamientos jurídicos de las sociedades latinoamericanas, satanizando a este tipo de método de reproducción asistida que contrarían el respeto a las sagradas escrituras y por lo tanto aducen se debe prohibir y penalizar este tipo de prácticas en virtud de ser abiertamente inmoral y contraria a la religión.

---

<sup>28</sup> <http://rancherita.com.mx/noticias/detalles/15937/contra-iniciativa-para-alquiler-de-vientres-obispo-y-sacerdotes-de-municipios-de-diocesis-de-piedras-negras-.html> consultado 7/10/2014



Los criterios y posturas anteriormente expuestos son respetados aunque no compartidos por la autora de la presente tesis, pues el derecho como fundamento principal, debe basarse en la objetividad, desprovisto de toda subjetividad que pueda afectar su eficacia o técnica, así mismo es necesario recordar que el derecho ha sido creado para regular conductas exógenas del ser humano y no subjetivas, dejando la libertad de que cada uno haga todo aquello que no sea contrario a las leyes de su país, es decir que, limita la actividad del ser humano a un conjunto de normas objetivas, plenamente establecidas desligando completamente los principios religiosos del deber del estado de regular y legislar las conductas que se permiten y aquellas que se prohíben, en atención a criterios objetivos y de utilidad comprobable para el ser humano.

#### **5.4.2. Psicológicas**

El ser humano es un ser complejo lleno de múltiples fenómenos unos inclusive difíciles de explicar, tanto que tienen a la ciencia y la tecnología trabajando para poder entender muchos de los comportamientos en individuos que padecen o participan de ciertas enfermedades o síndromes psicológicos o mentales; para la efectiva realización del proceso de la maternidad subrogada es insoslayable el hecho de que el ser humano debe desligarse de aspectos psicológicos, ya que tal condición, fundamenta la idea de que una pareja por no tener capacidad reproductiva, busque un centro clínico que les ayude a realizar un método de reproducción asistida que les permita lograr la procreación de hijos propios.

La mente humana es tan amplia, compleja y cambiante, que llevar a cabo un procedimiento de esta índole no podría hacerse sin la intervención de un psicólogo o psiquiatra, ya que son estos profesionales médicos los encargados de determinar la salud mental de los posibles participantes para admitir o rechazar su participación dentro del proceso de la subrogación, esto en virtud de que la realización de tal método asistido de reproducción es un procedimiento muy difícil de realizar, mayormente para la madre subrogada, quien tendrá que atravesar por todo un proceso previo, un proceso gestacional y una etapa posterior al parto, la cual tendrá que asimilar de forma saludable.



Cuando se habla de consecuencias psicológicas, debe de pensarse de forma prioritaria en la madre subrogada y en el bebé por nacer, producto de la subrogación, esto debido a que como en muchos casos la madre subrogada durante el embarazo adquiere lazos afectivos con el bebé que se gesta en su vientre, muchas veces arrepintiéndose de entregarlo y decidiendo incumplir el contrato pactado, por lo que es en ella en quien radica las mayores secuelas de la subrogación maternal, se acepta la dificultad que esto conlleva por lo que como se anotó anteriormente es vital que profesionales de la medicina, específicamente de la psicología intervengan para brindar el tratamiento necesario a la madre subrogada antes, durante y después de realizar este procedimiento a manera de establecer su estabilidad emocional y consecuentemente realizar una evaluación psicológica preliminar, realizándole diversas preguntas con el objetivo de establecer sus motivaciones para someterse a un proceso de reproducción asistida como lo es la maternidad subrogada y así determinar si dicha mujer es apta o no para llevar a cabo el proceso de subrogación y de esa manera protegerla y evitar consecuencias negativas que puedan convertirse en problemas que afecten su salud mental en el futuro.

Respecto del menor de edad nacido producto de un proceso de subrogación, las consecuencias psicológicas a tomar en cuenta, se basan en que durante su desarrollo se establezca la necesidad de explicarle el método a través del cual fue concebido y gestado, así como las motivaciones de sus padres, esto con el objeto de promover una buena salud mental en el niño, evitando la existencia de conflictos psicológicos o mentales que pudieran llegar a surgir eventualmente en su desarrollo. Tal tratamiento dependerá de si los padres legales, desean comunicarle al niño subrogado el método de subrogación que se utilizó para su nacimiento o no, estudios realizados sobre menores de edad concebidos bajo el procedimiento de la subrogación indican que estos no han presentado trastorno psicológico alguno vinculado a la forma en que fueron concebidos.

#### **5.4.3. Sociales y culturales**

Este ámbito es el que sufrirá las mayores consecuencias frente a la incorporación de la maternidad subrogada dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, ya que aunque la



subrogación es una práctica que cada vez cobra mayor auge en la sociedad, su aceptación aún es discutida por varios sectores conservadores de la sociedad.

Se considera que tal apatía se debe a que el conocimiento del funcionamiento y todo lo relativo a la subrogación es reservado en su gran mayoría únicamente a las personas que se encuentran dentro del medio de la medicina reproductiva o clínicas de reproducción asistida, así como familiares muy cercanos a las parejas que desea optar a tal práctica o que de hecho ya la han realizado satisfactoriamente. Por lo anterior puede afirmarse que actualmente no existe una cultura desarrollada en cuanto a la reproducción asistida de métodos alternativos, así también existe un desconocimiento de la práctica de la subrogación, por lo que es necesario que se promueva el conocimiento y la práctica, no solo de la maternidad subrogada sino de todos aquellos métodos alternativos de reproducción existentes, que hoy en día permiten a las parejas procrear hijos biológicos, pese a sus limitaciones reproductivas.

#### **5.5. Posible definición de maternidad subrogada en Guatemala**

Es oportuno ahora proponer una definición de la maternidad subrogada en atención a las características especiales con las que debe contar para su validez dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, en ese sentido la autora propone que la maternidad subrogada puede definirse como:

**Aquel contrato atípico civil, en virtud del cual, una mujer civilmente capaz con aptitud reproductiva, acepta ser fecundada a través de un procedimiento in vitro con material genético proveniente de una pareja contratante con problemas de fertilidad o esterilidad, que será una pareja heterosexual unida legalmente a través de matrimonio o unión de hecho, para que aquella mujer procrea el hijo de éstos, a través de llevar a cabo el proceso de gestación hasta el momento del nacimiento para posteriormente entregar al niño subrogado a sus padres legales, proceso que se perfeccionará ante un notario mediante escritura pública para su validez y teniendo como característica principal la gratuidad de la subrogación.**



## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La maternidad subrogada tiene su origen en las antiguas civilizaciones griegas y hebreas, reconociendo en diversos escritos históricos, la práctica de la subrogación tradicional, lo cual fundamenta el estudio y desarrollo de diversas técnicas de reproducción que fueron apareciendo junto al desarrollo médico y tecnológico de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, donde tuvo su formal aparición la subrogación moderna. Actualmente existen diversas modalidades de subrogación, atendiendo a la forma en cómo se lleva a cabo la fecundación, la procedencia del material genético y la existencia o no de una retribución dineraria. Al respecto, la presente investigación propugna por una subrogación gratuita, esto en concordancia y armonía con los principios rectores de la subrogación.

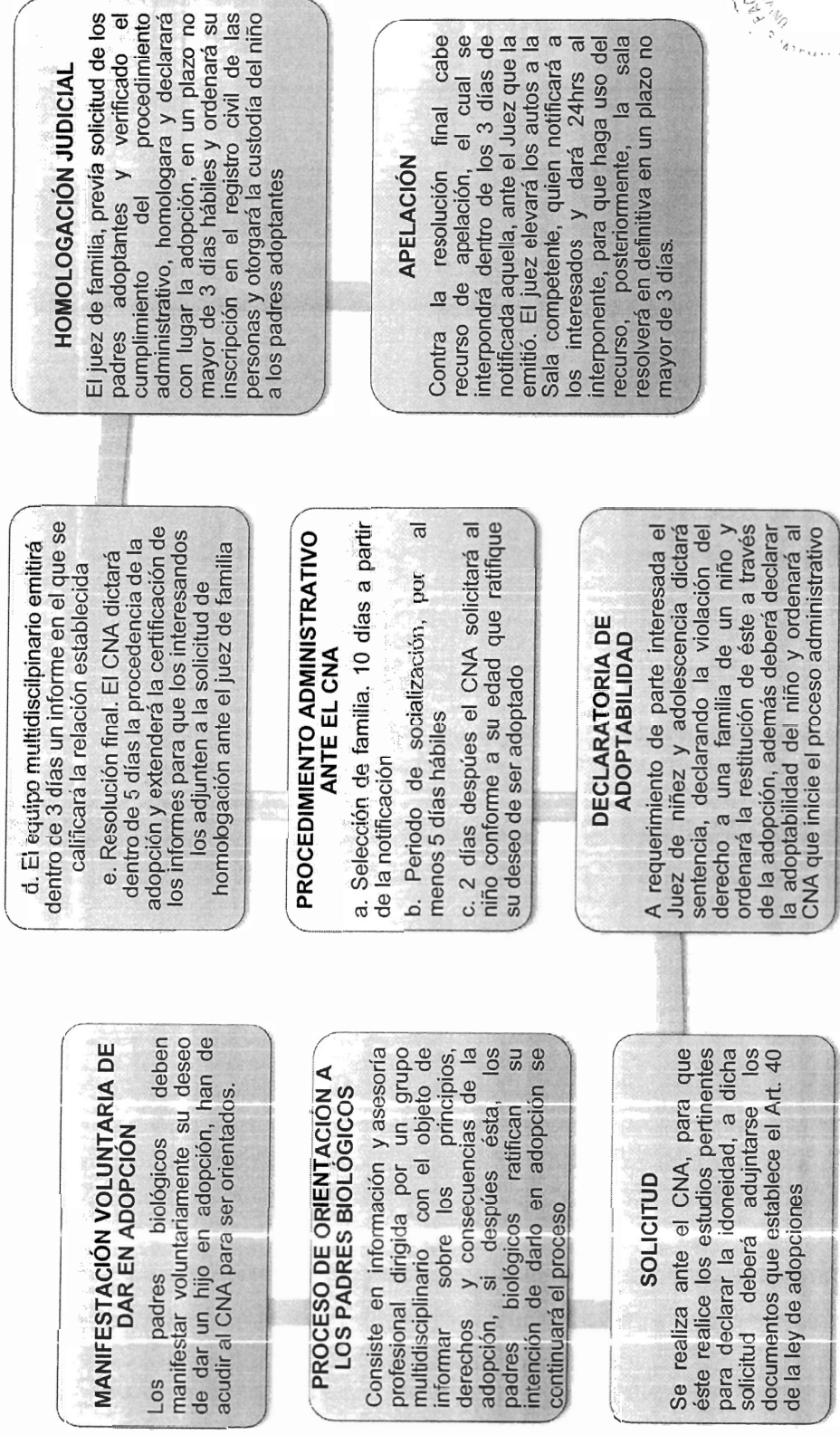
Respecto a las legislaciones internacionales, actualmente diversos países cuentan con regulación sobre el proceso de subrogación, dotándola de validez y seguridad jurídica, también existen otros países cuya legislación prohíbe expresamente la subrogación, siendo estos la minoría. Así mismo es oportuno recordar la legislación mexicana recientemente aprobada respecto al tema, por tener Guatemala características similares con aquel país, de lo cual se evidencia la viabilidad del reconocimiento jurídico de la subrogación. A través de un análisis jurídico y doctrinario crítico, se ha establecido que no existen contradicciones entre dicha institución y la legislación guatemalteca vigente, por lo que su incorporación no representa riesgo de antinomias o inconstitucionalidad. Finalmente es oportuno definir preliminarmente a la subrogación como: Aquel contrato atípico civil, en virtud del cual, una mujer civilmente capaz con aptitud reproductiva, acepta ser fecundada a través de un procedimiento in vitro con material genético proveniente de una pareja contratante con problemas de fertilidad o esterilidad, que será una pareja heterosexual unida legalmente a través de matrimonio o unión de hecho, para que aquella mujer procrea el hijo de estos, a través de llevar a cabo el proceso de gestación hasta el momento del nacimiento para posteriormente entregar al niño subrogado a sus padres legales, proceso que se perfeccionará ante un notario mediante escritura pública para su validez y teniendo como característica principal la gratuidad de la subrogación.



## ANEXO 1

### PROCESO DE ADOPCIÓN EN GUATEMALA

(El cual se lleva a cabo a través del consejo nacional de adopciones -CNA-, autoridad central en Guatemala para la autorización de las adopciones)







## ANEXO 2

A continuación se exponen de manera breve, el contenido de la legislación penal, relativa al aborto como delito, de conformidad con el Código Penal guatemalteco.

<b>Art. 133. Concepto “Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”</b>			
<b>Art.</b>	<b>Tipo de aborto</b>	<b>Supuesto</b>	<b>Pena imponible</b>
<b>134</b>	Aborto Procurado	1. La mujer que causare su aborto; 2. La mujer que consintiere que otra persona se lo cause; 3. Si lo hiciere impulsada por motivos que ligados íntimamente a su estado, le produzcan indudable alteración psíquica.	Supuesto 1 y 2: Prisión de 1 a 3 años.  Supuesto 3: De 6 meses a 2 años de prisión.
<b>135</b>	Aborto con o sin consentimiento	Quien con propósito causare un aborto	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Prisión de 1 a 3 años (si la mujer lo consintiere)</li> <li>- Prisión de 3 a 6 años (sin consentimiento de la mujer)</li> <li>- Prisión de 4 a 8 años, si se hubiera empleado violencia, amenaza o engaño</li> </ul>
<b>136</b>	Aborto calificado	1. Que a consecuencia del aborto o maniobras abortivas consentidas, resultare la muerte de la mujer; 2. Que a consecuencia del aborto o maniobras abortivas no consentidas, resultare la muerte de la mujer.	Primer supuesto: prisión de 3 a 8 años.  Segundo supuesto: prisión de 4 a 12 años
<b>137</b>	Aborto terapéutico	<b>No es punible</b> el aborto que realice un médico, previo consentimiento de la mujer y diagnóstico favorable de otro médico, si se sucedió sin	



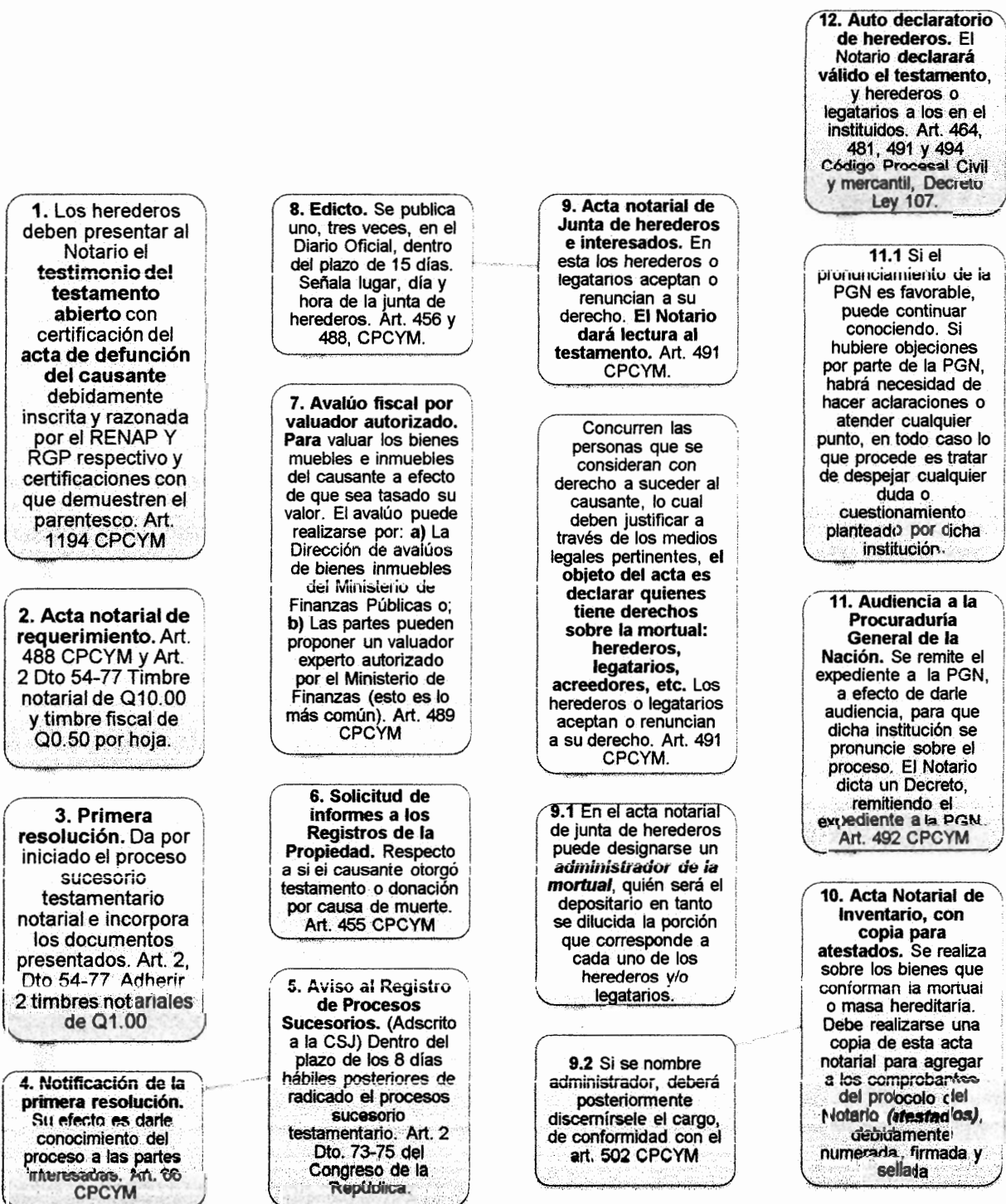
	o	intención de procurar directamente la muerte del bebé, con el fin de evitar un peligro establecido para la vida de la madre, después de agotados todos los medios técnicos y científicos.	
138	Aborto preterintencional	Quien por actos de violencia ocasionare el aborto, sin propósito de causarlo, pero conociendo el estado de embarazo de la ofendida	Prisión de 1 a 3 años. Si los actos de violencia consistieren en lesiones a las que corresponda mayor sanción, se aplicará la pena señalada aumentada en una tercera parte.
139	Aborto culposo y tentativa	La tentativa de la mujer para causar su propio aborto, <b>son impunes</b>	El aborto culposo verificado por otra persona, que sea consciente del embarazo, será sancionado con prisión de 1 a 3 años
140	Agravación específica	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Para el médico que abusando de su profesión causare o cooperare en el aborto;</li> <li>- Para los practicantes o personas con título sanitario</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prisión</li> <li>- De 1 a 3 años (si la mujer lo consintiere)</li> <li>- De 3 a 6 años (sin consentimiento de la mujer)</li> <li>- De 4 a 8 años, si se hubiera empleado violencia, amenaza o engaño</li> <li>• Multa: De Q. 500 a Q. 3000</li> <li>• Inhabilitación, para el ejercicio de la profesión de 2 a 5 años.</li> </ul>

## ANEXO 3



### Proceso del trámite de sucesión testamentaria dentro de la jurisdicción voluntaria notarial

#### A. Fase Notarial





## B. Fase Administrativa

### 1. Remisión del expediente al Departamento de Herencias y Legados y Donaciones del Ministerio de Finanzas Públicas.

- Se procede a la elaboración de la **liquidación fiscal**, para efectos del cálculo (determinación) del monto del impuesto a pagar con motivo de la herencia, legado o donación, los cuales se encuentran afectos al gravamen. Art. 496 CPCYM y Art. 40 Dto. 431.

### 2. Aprobación de la liquidación fiscal por la Contraloría General de Cuentas.

- Realizada la **liquidación fiscal** debe remitirse el expediente a la Contraloría de Cuentas a efecto de que ésta fiscalice y en su caso **apruebe la liquidación** y se autorice el pago de los impuestos por parte de los interesados, dicho pago se hará a continuación de la aprobación de la liquidación. Art. 40 y 41 Dto. 431.

### 3. Devolución del expediente al Notario

- Satisfecho el pago de los impuestos, el expediente será devuelto al Notario, conforme al Art. 496 CPCYM.

## C. Fase Registral

### 1. Compulsión de testimonios de las partes conducentes.

- Que se entregarán a cada heredero y/o legatario o interesado que actúe con legítimo derecho, con su respectivo duplicado. Art. 496 CPCYM.

### 2. Presentación de los testimonios de las partes conducentes a los registros públicos y avisos de traspaso.

- Los testimonios deberán ser presentados a los registros públicos y proporcionase los **avisos de traspaso**. Art. 497 CPCYM.

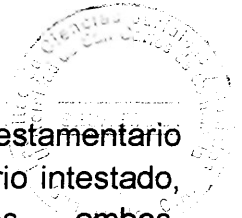
### 3. Remisión del expediente al Director del Archivo General de Protocolos.

- No existe plazo, para esta actuación, que pone fin al proceso sucesorio intestado. Art. 498 CPCYM y Art. 78 Dto. 314.

## Variaciones en comparación con el proceso intestado: Fase notarial

- El requirente debe presentar al Notario el **testimonio del testamento abierto** además de la certificación de defunción, ésta última también ha de presentarse en el proceso intestado.
- En la junta de herederos, el Notario da lectura al testamento del causante.
- El auto declaratorio de herederos, **declara válido el testamento del causante** y la validez del derecho a suceder de los mencionados dentro del mismo.

Estas tres actuaciones dentro de la fase notarial del proceso sucesorio testamentario son las únicas variaciones respecto de la tramitación del proceso sucesorio intestado, siendo en las demás actuaciones y diligencias iguales ambos.



## BIBLIOGRAFÍA



- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias González. Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca. Guatemala: Editorial Fénix, 2013.
- ALZATE MONROY, Patricia. La maternidad subrogada. Australia: Murdoch University Electronic Journal of Law Vol. 2, No. 3, 2008. Consultado: <http://www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres/229/>
- ARÁMBULA REYES, Alma. Maternidad subrogada. México: Ed. Centro de Documentación, Información y Análisis, 2008.
- BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. Lecciones de derecho civil. Guatemala: Ed. Académica Centroamericana, S.A., (s.e.), 1982.
- BERNAL, Martin, Temas sobre contratos civiles. España: Ed. Dykinson, S.L, (s.l.i), 1996.
- BONNECASE, Julien. Tratado elemental de derecho civil. México: Ed. Pedagógica Iberoamericana, S.A., 1997.
- BRAÑAS, Alfonso. Manual de derecho civil. Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, Cooperativa de Ciencia Política. R.L. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1996.
- BRENA SESMA, Ingrid. El derecho y la salud, temas a reflexionar. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Núm. 57, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de derecho usual. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. (s.e.),1976.
- CASADO, María, Nuevos materiales de bioética y derecho, Doctrina Jurídica Contemporánea Vol. 25, México: Coediciones fontamara, 2007.
- CHACÓN, M. y Carmen María Gutiérrez. Introducción al derecho. Guatemala: Ed. Superiores, 1987.
- Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad de Género. México: Dictamen de las comisiones unidas de salud y asistencia social y de equidad y género de la iniciativa de decreto que expide la ley de maternidad subrogada del distrito federal, 2011. Consultado: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-fdf9ce4828184d7d3ab9690807dfb1ad.pdf>
- Council for Responsible Genetics, Surrogacy in America. Estados Unidos de América: The Liz Library Organization, 2009. Consultado:<http://www.thelibrary.org/surrogacy/Surrogacy-in-America.pdf>



DELGADO CALVA, Ana Soledad. La maternidad subrogada: un derecho a la reproducción humana a la luz del derecho mexicano. México: Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

ESPÍN, Diego. Manual de derecho civil español. España: Ed. Revista de Derecho Privado 5a. ed. Vol 1, 1975.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La Constitución como norma y el tribunal constitucional. Madrid España: Ed. Civitas, S.A. 3a. ed., 1985.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. Inseminación artificial y fecundación In vitro humanas, un nuevo modelo de filiación. México: Universidad Veracruzana, Xalapa. Veracruz, México, 2001.

HURTADO OLIVER, Xavier. El derecho a la vida ¿Y a la muerte?. México: Ed. Porrúa 2ª. ed., México, 2000.

KEANE, N.Y.D. Breo. The surrogate mother. Estados Unidos de America, Ed. Everest House Publisihers, 1981.

LARIOS OCHAITA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Guatemala: Editorial maya 'wuj 8va. Edición, 2010.

LEMA AÑON, Carlos. Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. España: Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta. 1999.

LEONSEGUI GUILLOT, Rosa. La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. España: Conferencia Magistral, Organización de las Naciones Unidas, 23 de Julio de 2001.

LÓPEZ FAUGIER, Irene. La prueba científica de la filiación. México: Ed. Porrúa, 2005.

MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela. Bioderecho. Buenos Aires, Argentina: Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Mar del Plata y Abeledo Perrot, 1998.

MIR CANDAL, Leila. La maternidad intervenida, reflexiones en torno a la maternidad subrogada. Montevideo, Uruguay: Revista redbioética, UNESCO, Vol. 1, 2010.

MORAN DE VICENZI, Claudia. Concepto de filiación en la fecundación artificial. Lima, Perú: Imprenta Ara, 20005.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1987.

PUIG PEÑA, Federico, Compendio de derecho civil español. Madrid, España: Ed. Pirámide, S. A. Tomo II. 3ª. ed. revisada, 1976.



Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. España: Real Academia Española, vigésima tercera edición, 2014.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Ingeniería genética, reproducción asistida y criminología. México: Ed. Porrúa, 1994.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. México: Editorial Porrúa, 1993.

STUHMCKE, Anita. For love or money: The legal regulation of surrogate motherhood. Australia: Murdoch University Electronic Journal of Law vol 2. No. 3, 1995. Consultado: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/1996/6.html>

Think Action Development (TAD), Maternidad subrogada. México: Think Action Development (TAD), 2013. Consultado: <http://tad.org.mx/wp-content/uploads/2013/12/MATERNIDAD-SUBROGADA.pdf>

UMAÑA, Ricardo. El derecho de familia y la inseminación artificial en el género humano, necesidad de legislación y sugerencias. Guatemala: Monografías, Universidad Rafael Landívar y Talleres Gráficos de EDI-ART, 1986.

VELÁSQUEZ, Carlos Augusto. Lecciones de filosofía. Guatemala: Ediciones Eco, sexta edición, 2010.

VITERI ECHEVERRÍA, Ernesto. Los contratos en el derecho civil guatemalteco. Guatemala: Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2005.

## Legislación

**Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Código Procesal Civil y Mercantil.** Enrique Peralta Azurdía, jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto ley 107, 1964.

**Código Civil.** Enrique Peralta Azurdía, jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley 106. 1964.

**Código Penal.** Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 17-73. 1973.

**Ley del Organismo Judicial.** Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 2-89. 1989.

**Ley de Adopciones.** Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 77-2007.